



Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Juridiska institutionen

Sakrättsligt misstroende

Ställföreträdarskap och rådighetsavskärande

Tillämpade studier 20p
HT 2000

Linda Säterö
Handledare: Enar Folkesson

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
BL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
BrB	Brottsbalken
FHL	Lag (1984:649) om företagshypotek
FRL	Förmånsrättslagen (1970:979)
HB	Handelsbalken
JB	Jordabalken
KL	Konkurslagen (1987:672)
LkL	Lag (1845:50 s1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1
RIC	Riksskatteverkets rättsinformationsserie C
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
UB	Utsökningsbalken
ÅRL	Lag (1995:1554) om årsredovisning

Vid en transaktion betecknas de inblandade parterna enligt följande

- A förvärvaren eller panthavaren i en transaktion
- B överlåtare eller pantsättaren i en transaktion
- X fysisk person som representerar både överlåtare/pantsättare och förvärvare/panthavare i en transaktion

Innehållsförteckning

1. Inledning	8
1.1 Introduktion till problemområdet	8
1.2 Syfte och avgränsning.....	9
1.3 Frågeställningar	10
1.4 Disposition	10
1.5 Metodbeskrivning.....	11
2. Besittning och äganderätt.....	12
3. Borgenärsskydd och kravet på sakrättsligt moment.....	14
3.1 Traditionsprincipen.....	15
3.1.1 Traditionsprincipens bakgrund i svensk rätt	15
3.1.2 Traditionsprincipens innebörd.....	17
3.2 Denuntiation till tredje man	19
3.3 Registrering.....	21
3.4 Avsteg och särlösningar.....	22
3.5 Syften bakom det sakrättsliga momentet	25
4. Närståendetransaktioner i bolagsförhållanden	28
4.1 Rättshandlande mellan närstående.....	28
4.2 Egendoms- och intressegemenskap	29
4.2.1 Rättssubjektivitet och ansvarsfrihet	29
4.2.2 Enmansbolag och fåmansbolag	30
4.2.3 Koncernbolag och koncernintresse.....	31
4.2.4 Borgenärersintressen i bolagsförhållanden	33
4.2.5 Genomsyn och identifikation	35
4.3 Rådighetsavskärande i närståendeförhållanden.....	36
5. Lojalitetsplikt och ställföreträdarskap	38
5.1 Bolagsledningens lojalitetsplikt	38
5.2 Lojalitetsplikten vid dubbelt ställföreträdarskap.....	39
5.3 Styrelsejäv i svensk bolagsrätt	40
5.3.1 Allmänt om styrelsejäv	40
5.3.2 Jäv vid transaktioner mellan bolag och ställföreträdare.....	41

5.3.3 Ställföreträdarjäv	42
6. Transaktioner från bolaget till dess ställföreträdare	43
6.1 Allmänt om transaktionstypen.....	43
6.2 Rättspraxis på området.....	44
6.2.1 NJA 1958 s 422	44
6.2.2 RH 1990:116.....	44
6.2.3 NJA 2000:88.....	47
6.3 Slutsatser och diskussion kring gällande rätt	49
6.3.1 Ställföreträdarskapet som hinder i sig.....	49
6.3.2 Ställföreträdare, lojalitet och egenintresse	51
6.3.3 Rådighetsbedömningen	53
6.3.4 Redovisningsmodellen	54
7. Transaktioner från ställföreträdaren till bolaget.....	56
7.1 Allmänt om transaktionstypen.....	56
7.2 Praxis på området	56
7.2.1 RIC 50/93 STIM-fallet.....	56
7.2.2 RH 1985:6 Grävmaskinen	57
7.3 Slutsatser och diskussion kring gällande rätt	58
8. Tillskjutande av apportegendom vid bolaget bildande.....	62
8.1 Allmänt om transaktionstypen.....	62
8.2 Anledning till särsyn när det gäller apportbildningen	63
9. Rättshandlande mellan juridiska personer med gemensamma ställföreträdare	65
9.1 Allmänt om transaktionstypen.....	65
9.2 Rättspraxis på området.....	65
9.2.1 1972 s 246 Huvudfallet avseende transaktionstypen	65
9.2.2 RIC 12/92 Östersundsfallet	67
9.2.3 Göteborgs Tingsrätt Ä 1819-95 (Pub Metro)	68
9.2.4 Falu Tingsrätt Ä 860-97	70
9.3. Slutsatser och diskussion kring gällande rätt	71
9.3.1 Ställföreträdarskapet som hinder i sig.....	71
9.3.1.1 Omöjlighet att uppnå sakrättsligt skydd.....	71

9.3.1.2 Identiska eller delvis gemensamma styrelser	75
9.3.2 Dispositionsfrihet, misstroende och lojalitet	76
9.3.3 Rådighet och yttre manifestation	77
10. Analys av rättsläget. Konsekvenser och ändamål.	79
10.1 Konsekvenser av gällande rätt	80
10.1.1 Åsyftade och icke-åsyftade effekter.....	80
10.1.2 Missbruk och kringgåenden	81
10.1.3 Styrelsesammansättningen	83
10.1.3.1 Företrädaren utträder ur styrelsen	84
10.1.3.2 Företrädaren inträder i styrelsen	85
10.1.4 Rättslägets konkursfrämjande effekt.....	85
10.2 Objektivt och subjektivt i rättstillämpningen	86
10.3 Närståendetransaktionernas skyddsvärdhet	88
11. Andra regelsystem med samma skyddsändamål.....	90
11.1 Allmänt.....	90
11.2 Bevisbörderegler.....	90
11.3 Obligationsrättslig ogiltighet.....	91
11.4 Återvinningsinstitutet.....	92
11.5 Aktiebolagslagens borgenärsskyddsregler	93
11.5.1 Kapitaltillskott vid bolagets bildande	93
11.5.2 Utbetalningsförbud.....	94
11.5.3 Tvångslikvidation	94
11.5.4 Skadeståndsregler	95
11.6 Bokföringsskyldighet, straffrätt och revisorernas roll	96
12. Alternativ till nuvarande rättsläge	98
12.1 Särlösning på området.....	98
12.1.1 Förändrad och mindre formalistisk syn på rådigheten.....	98
12.1.2 Publicitetsaspekten.....	100
12.1.3 Redovisningsmodellen	101
12.1.4 Tendens till uppluckring av misstroendet	102
12.2 Övergång till en avtalsprincip vid borgenärsskydd	103

12.2.1 Tendenser	103
12.2.2 Konsekvenser.....	104
12.2.2.1 Skenöverlåtelse och borgenärsbedrägerier	104
12.2.2.2 Kreditkostnader, kreditlegitimation och den fria omsättningen	105
12.2.2.3 Processekonomi, enkelhet och materiell rättvisa	107
12.3 Förtroendekapital och rättsregler i det praktiska rättslivet.....	107
13. Avslutande kommentarer	109
Litteraturförteckning	110

1. Inledning

1.1 Introduktion till problemområdet

Det är allmänt förekommande i svenskt näringsliv att styrelseledamöter i aktiebolag sitter med i ledningen för flera bolag och därigenom representerar flera juridiska personer, så kallat dubbelt ställföreträdarskap. Vanligast förekommande är denna företeelse inom koncerner, där samma personer sitter i styrelsen för de i koncernen ingående bolagen. Det är enligt svensk rättsordning tillåtet att sitta i styrelsen för flera bolag, men transaktioner mellan juridiska personer med gemensamma företrädare betraktas med en viss misstänksamhet på grund av den närhet som föreligger mellan bolagen. Det är vanligt förekommande att bolag inom samma koncern har identiska styrelser vilket medför att samma fysiska person kan företräda båda avtalsslutande juridiska personerna i en rättshandling emellan. Likaså är det vanligt att styrelseledamöter i helägda bolag rättshandlar med sina egna bolag och även dessa transaktioner är förenade med en viss misstänksamhet eftersom samma fysiska person representerar både sig själv och bolaget i en rättshandling.

Transaktioner som vidtages mellan juridiska personer med gemensamma ställföreträdare och mellan bolag och dess företrädare behandlas således inte på samma sätt som transaktioner som genomförs av juridiska personer utan denna närhet. Framför allt aktualiseras närståendeproblematiken vid obeståndssituationer då även borgenärsintressen måste beaktas. Som förutsättning för borgenärsskydd vid överlåtelse och pantsättning uppställs ett krav på ett sakrättsligt moment. Kärnan i det sakrättsliga momentet är ett rådighetsavskärande för överlåtaren/pantsättaren. Det räcker inte med att överlåtaren/pantsättaren har beskurits möjlighet att rättsligt förfoga över egendomen, utan vad rådighetsavskärandet istället handlar om är överlåtarens/pantsättarens möjlighet att faktiskt förfoga över egendomen. Eftersom närstående medför att rådighetsavskärande kan bli svårt att åstadkomma föreligger stora problem vid uppkomsten av sakrättsligt skydd avseende transaktioner mellan gemensamma företrädare samt mellan juridisk person och dess företrädare.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med föreliggande uppsats är att fördjupa mig inom området för rättshandlingar mellan närstående bolag och mellan bolag och dess företrädare genom att undersöka vilka konsekvenser dessa transaktioner får i en obeståndssituation. Området är intressant ur såväl associationsrättslig som obeståndsrättslig synvinkel, i synnerhet eftersom det rör sig om svåravvägda intressebeträffande av principiell karaktär.

I uppsatsen avser jag utreda huruvida det är möjligt att åstadkomma ett rådgivningsavskärmande mellan rättssubjekt med identiska ställföreträdare och mellan bolag och dess ställföreträdare, samt vilka konsekvenser rättsläget medför i olika avseenden. Tyngdpunkten ligger på överlåtelser mellan bolag med gemensamma företrädare. Jag skall även undersöka vad det finns för alternativa lösningar på konflikten i syfte att möjligen finna ett alternativ med rimligare resultat. I någon mån blir det därmed frågan om att analysera det sakrättsliga momentets effektivitet och verkningar vid transaktioner mellan närstående. I detta ligger att ta hänsyn till de möjligheter som finns till kringgående av reglerna. Det kommer således att bli en studie över hur gällande rätt ser ut avseende rådgivningsavskärmande och ställföreträdarskap, men även en diskussion kring skäligheten i de krav som uppställs. Analysen sker givetvis mot bakgrund av de syften som upprätthåller kravet på det sakrättsliga momentet samt närståendeproblematiken.

Min avsikt är att studera borgenärsskyddet utifrån den synvinkeln att det är överlåtarens borgenärers anspråk som konkurrerar med förvärvarens anspråk. Följaktligen studeras det sakrättsliga momentet som krävs för att förvärvaren/pantavaren skall kunna skydda det överlåtna/pantsatta mot överlåtarens/pantsättarens borgenärer vid konkurs eller utmätning hos överlåtare/pantsättaren. Uppsatsen inskränker sig också till att studera lösöre och annan lös egendom som kräver tradition för sakrättsligt fullbordad överlåtelse eller pantsättning.

1.3 Frågeställningar

Syftet är nedbrutet i följande frågeställningar vilka jag i uppsatsen avser besvara:

1. Är det möjligt, och i sådana fall i vilken utsträckning, att åstadkomma sakrättsligt skydd vid transaktioner mellan bolag och dess företrädare?

Är det möjligt, och i sådana fall i vilken utsträckning, att avskära ett aktiebolags rådighet och genom att överföra besittningen av överlåten eller pantsatt lös egendom till ställföreträdaren uppnå sakrättsligt skydd?

Är det möjligt, och i sådana fall i vilken utsträckning, att avskära ställföreträdarens rådighet och genom att överföra besittningen av överlåten eller pantsatt lös egendom till bolaget uppnå sakrättsligt skydd?

2. Är det möjligt, och i sådana fall i vilken utsträckning, att avskära en juridisk persons rådighet och genom att överföra besittningen av överlåten eller pantsatt lös egendom till en annan juridisk person uppnå sakrättsligt skydd, när samma fysiska person företräder både överlåtande/pantsättande och förvärvande/panthavande juridiska person ?

3. Vilka konsekvenser får gällande rätt avseende närståendetransaktionerna?

4. Vilka alternativa lösningar finns och vad kan utgöra en ändamålsenlig lösning utifrån de konsekvenser gällande rätt och andra alternativa lösningar medför?

1.4 Disposition

Inledningsvis tecknas en bakgrund till områdets behandling. Bakgrunden innehåller för frågeställningarna centrala delar, innefattande en redogörelse av det sakrättsliga momentet för borgenärsskydd, besittning samt egendoms- och intressegemenskap. Därefter behandlas och redovisas frågeställningarna i tur och ordning, varvid

resultatet kommenteras och diskuterats efter hand i direkt anslutning till detsamma i syfte att göra uppsatsen mer lättillgänglig samt begränsa arbetets omfattning genom att så långt möjligt undvika obefogade och onödiga upprepningar.

Av framställningstekniska skäl används i fortsättningen begreppen överlåtelse och pantsättning växelvis, eftersom i stort sett samma regler gäller avseende dem båda. Regelmässigt framgår av sammanhanget vad som avses när det ömsom talas om överlåtelse och ömsom om pantsättning.

1.5 Metodbeskrivning

För att få svar på ovan nämnda frågeställningar har sedvanlig juridisk metod använts. Jag har studerat de rättsregler som ligger till grund för bedömning av problematiken samt de uttalanden som finns i doktrinen på området. Vidare har en genomgång av rättspraxis företagits, vilket har utgjort tyngdpunkten i uppsatsen.

En stor del av den rättspraxis som jag i arbetet använder mig av är från underrätterna, vilket får tas i beaktande avseende domarnas värde som underlag för slutsatser. Anledningen till att jag i så stor utsträckning valt att använda mig av lägre instansers domar är tvåfaldig. Dels finns endast ett fåtal HD-avgöranden på området, vilket nödgat mig söka information på annat håll, och dels har avsikten varit att få fram vilket genomslag och vilken tolkning HD:s domar erhållit i rättstillämpningen.

Vidare har jag, i syfte att erhålla ytterligare information kring ämnet i sig samt få en inblick i den praktiska hanteringen av frågorna, talat med Bo Jonsson på Tillsynsmyndigheten i Göteborg. Kronofogdemyndigheten i Göteborg har drivit flera mål avseende närstående-bolag, vilket innebär att det var särskilt intressant att tillgodogöra mig deras syn på rättsläget samt möjlighet att med framgång driva talan i olika avseenden. Jag har även varit i kontakt med några revisionsbyråer angående problemet med tillskjutande av apportegendom i enmansbolag och hur man hanterar intygandet av att egendom tillförts bolaget.

2. Besittning och äganderätt

Mot bakgrund av den avgörande betydelse begreppen besittning och äganderätt har för traditionsprincipen och därmed även för det sakrättsliga borgenärsskyddet, skall inledningsvis några ord ägnas begreppens närmare innebörd.

Besittning innebär att, med rätt eller orätt, faktiskt inneha någonting. Att utveckla vad besittningsbegreppet närmare innebär, alltså när ett rättssubjekt anses vara i besittning av egendom, är svårt att åstadkomma utan att hänge sig åt cirkelresonemang. Besittning betyder fysiskt innehav av egendom. Ägaren betraktas som besittare till sina ägodelar när de intar en normal placering och besittningsskyddet är således inte inskränkt till de fall då egendomen bokstavligen är inom räckhåll för honom.

Till besittningen knyts vissa rättsverkningar. Det antas att den som innehar något också äger föremålet.¹ Den som hävdar bättre rätt till egendom i annans besittning har bevisbördan för sitt påstående om att han är rätt ägare.² Besittningen legitimerar således personen som rätt innehavare och manifesterar därmed en uppnådd och etablerad position. Besittningsskyddet syftar i den meningen till att stärka äganderätten och utgör ett nödvändigt komplement till äganderättsskyddet. Äganderätten är samtidigt ett funktionsbegrepp i den meningen att ägaren kan utöva vissa rättsliga och faktiska befogenheter med egendomen. Vad äganderätten innebär och när den inträder är inte en gång för alla givet utan varierar i tid och rum: ”Den juridiska diskussionen har präglats av den nya rättsrealistiska hållningen, som innebär att äganderätten inte har något givet normativt grundinnehåll, utan är identisk med de befogenheter som gällande rätt vid varje tidpunkt tillerkänner ägaren.”³ I äganderätten ligger inte bara rätten att själv förfoga över egendomen samt förhindra att andra

¹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 51

² Besittningspresumtionen har kommit till uttryck i 4:18 UB. Vid utmätning hos en gäldenär presumeras gäldenären vara ägare till lös egendom han har i sin besittning, om det inte framgår att egendomen tillhör annan

³ Christensen, Hemrätt i hyreshuset s. 356

förfogar över den, utan äganderätten innefattar också en rätt att avhända sig egendomen: ”Det ligger en paradox i den moderna äganderätten. Den förenar två mycket olika intressen, å ena sidan det intresse av stabilitet och integritet som ligger i den skyddade besittningen till viss egendom, å andra sidan rätten att sälja egendomen och därmed förändra bestående förhållanden.”⁴

Besittningsskyddet syftar alltså till att stärka äganderätten genom att presumera innehavaren som rätt ägare eftersom den person som innehar någonting vanligtvis också äger föremålet ifråga. En naturlig följd av skyddet blir dock att även annan än den rätte ägaren givetvis kan dra nytta av besittningspresumtionen. Det anses dock fördelaktigt ur omsättningssynpunkt att kunna utgå ifrån att den som innehar ett föremål också har rätt att förfoga över det. Det är inte alltid enkelt att avgöra om besittning föreligger eller vem som har besittningen till ett visst föremål. I synnerhet blir problemen stora när det gäller juridiska personer vilka inte i sig kan besitta egendom utan att en fysisk person i egenskap av ställföreträdare manifesterar besittningen.

⁴ A a s. 371

3. Borgenärsskydd och kravet på sakrättsligt moment

I en marknadsekonomi är ett välfungerande konkursinstitut en ur ekonomisk synvinkel nödvändig beståndsdel, där icke-konkurrenskraftiga och olönsamma verksamheter försvinner från marknaden under ordnade och rättssäkra former.⁵ I konkursen tillvaratas samtliga gäldenärens tillgångar för att ge borgenärskollektivet största möjliga utdelning. Borgenärsskyddsreglerna löser konflikten om vilket skydd en förvärvare har mot överlåtarens borgenärer och vilket skydd en överlåtare har mot förvärvarens borgenärer. I arbetet behandlas, som nämnts under avsnittet syfte och avgränsning, enbart den första frågan. För att freda egendom från överlåtarens borgenärer måste förvärvaren ha uppnått sakrättsligt skydd annars har han ingen separationsrätt, utan enbart en oprioriterad fordran att bevaka i överlåtarens konkurs enligt 18 § förmånsrättslagen (1970:979) (FRL).

För uppkomsten av sakrättsligt skydd är det vanligtvis inte tillräckligt med själva överlåtelseavtalet. Avtalet innebär att överlåtelsen blir bindande mellan parterna – d v s obligationsrättsligt – med en avskuren rättslig förfoganderätt som följd. Både vid pantsättning och överlåtelse uppställs därtill ett krav på ett sakrättsligt moment vilket skall vara uppfyllt för att förvärvaren skall kunna skydda egendomen mot överlåtarens borgenärer för det fall överlåtaren går i konkurs eller blir föremål för utmättningsförfarande.

De sakrättsliga reglerna är av tvingande karaktär och parterna kan således själva inte påverka dem. Systematiken avseende olika egendomsslag och transaktionstyper är inte enkel att få en översikt över eftersom det inte finns någon samlad lagstiftning, utan framgår av rättspraxis och ett fåtal lagrum i olika lagar: ”Svaren på enskilda, sakrättsliga frågor kan emellertid variera och bygger inte på någon alldeles konsekvent genomförd åskådning. Rättsordningen erbjuder i själva verket en

⁵ Mellqvist, M, Obeståndsrätt. En introduktion s. 62

provkarta på historiska relikter och praktiska konsekvenser.”⁶

3.1 Traditionsprincipen

3.1.1 Traditionsprincipens bakgrund i svensk rätt

En förutsättning för att erhålla borgenärsskydd är således att man har uppfyllt ett sakrättsligt moment. När det är frågan om lös egendom består det sakrättsliga momentet normalt av en tradering av egendomen till förvärvaren eller en denuntiation till en tredje man som innehar saken för överlåtarens räkning.

Traditionsprincipen har inte alltid varit gällande rätt på området. Avtalsprincipen, redan avtalet ger förvärvaren skydd mot överlåtarens borgenärer, har varit fast etablerad i svensk rätt sedan början av 1600 talet. För borgenärsskydd vid pantsättning krävdes däremot tradition enligt 10:1 HB. Under 1800-talet växte missnöjet mot det kringgående som förekom i form av säkerhetsöverlåtelser⁷ och skenavtal. Pantavtal förklädde som överlåtelser med avsikt att kringgå traditionskravet för pantsättning och den legala bevisteorin resulterade i stora problem med att visa vilken typ av transaktion det i praktiken var frågan om.

Lösöresköpsförordningen infördes 1835, enligt vilken förvärvaren erhöll skydd mot överlåtarens borgenärer efter registrering i kombination med vissa formalia-föreskrifter. Avsikten var att publiciteten skulle tydliggöra rättsförhållandet och därmed fungera som en varningssignal till borgenärerna. Genom några mindre ändringar 1845 fick förordningen det utseende den idag efter namnändring till lag, lag (1845:50 s1) om handel med lösören som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (LkL), 1977 har. E contrario växte traditionsprincipen fram som en stark huvudregel i rättspraxis. Då registrering inte ägt rum krävdes tradition för uppkomsten av sakrättsligt skydd.

⁶ Malmsten, Civilrätt s. 58

⁷ En säkerhetsöverlåtelse är en överlåtelse som från början är tänkt att återgå.

En viktig grund för införandet av ett krav på ett särskilt sakrättsligt moment var således att komma åt säkerhetsöverlåtelse. Det ansågs medföra onödigt krångel att urskilja säkerhetsöverlåtelse från omsättningsöverlåtelse och därmed infördes traditionskravet generellt vid överlåtelse av lös egendom. Risken var annars att man skulle förkläda pantavtal som omsättningsöverlåtelse i syfte att kringgå kravet på tradition eller registrering. I Danmark valde man istället att kräva tradition för säkerhetsöverlåtelse medan omsättningsöverlåtelse erhöll skydd redan genom avtalet.⁸

Eftersom det på de flesta områden saknas uttryckligt lagstöd avseende tradition av lösöre, framgår istället genom motsatsslut av LkL, saknas i stor utsträckning förarbeten för vägledning av traditionskravets närmare innebörd. Traditionsprincipen är dock lagfäst bl a avseende överlåtelse av löpande skuldebrev i 22 § Lag (1936:81) om skuldebrev (SkbrL). Att motsvarande skall äga tillämpning även vid pantsättning framgår av 10 § SkbrL.

Traditionsprincipen har från och till varit utsatt för kritik, i synnerhet i samband med konsumenttransaktioner.⁹ En konsument saknar i allmänhet vetskap om att egendomen han förvärvat och erlagt betalning för inte är skyddad för det fall att överlåtare av egendomen skulle gå i konkurs eller bli föremål för utmätningsförfarande medan egendomen fortfarande befinner sig hos överlåtare. Av en internationell utblick framgår att traditionsprincipen ingalunda är en självklarhet. Flertalet länder ger borgenärsskydd redan genom överlåtelseavtalet när det handlar om lös egendom och Sverige synes vara ett av de få länder som strikt tillämpar traditionsprincipen. Vissa länder kräver däremot inskrivning vid överlåtelse av fast egendom av den anledning att det i dessa situationer oftast finns ett registreringsförfarande som är allmänt känt och därigenom enkelt att tillämpa. Svensk rättsordning har valt en motsatt ordning. Vid fastighetsöverlåtelse erhålls

⁸ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 207

⁹ Se t ex SOU 1995:11

borgenärsskydd redan genom avtalet.¹⁰ Däremot krävs tradering av pantbrevet för sakrättsligt skydd mot pantsättarens borgenärer vid en konkurs, 6:2 JB. När det gäller datapantbrev är dock registrering sakrättsligt moment. Likaså krävs tradering vid upplåtelse av företagshypotek jämlikt 1:3 lag (1984:649) om företagshypotek (FHL). Upplåtelsen är skyddad genom att näringsidkaren överlämnar hypoteksbrevet som säkerhet för en fordran.

3.1.2 Traditionsprincipens innebörd

Normalkravet för uppkomsten av sakrättsligt borgenärsskydd vid överlåtelse och pantsättning av lös egendom är, som ovan redogjorts för, att en tradering av egendomen har ägt rum. Traditionsprincipen innebär ett krav på att det sker en besittningsförändring och är således kopplad till besittningspresumtionen i den meningen att besittaren normalt äger den egendom han innehar. Härunder skall den närmare innebörden i traditionskravet utredas.

Traditionskravets innebörd har diskuterats mycket inom doktrinen och främst har argumentationen kretsat kring följande tre moment: överlåtarens avskurna rådighet, förvärvarens erhållna rådighet och transaktionens synbarhet för tredje man.¹¹ Det har förvånansvärt länge förelegat oklarhet angående traditionskravets egentliga innebörd och det förhållande att HD har betonat skilda moment i olika mål har medfört svårighet att utröna exakt vad som krävs för ett fullgott skydd. Svensk rätt är ingen typisk företrädare för begreppsjurisprudens, utan ändamålsöverväganden är vanligt förekommande. Detta leder till att det blir svårt att överblicka den egentliga innebörden i traditionskravet och domskälen har först på senare år blivit tydligare när det gäller de ändamålsskäl som avvägts.¹²

¹⁰ Den person som står angiven som lagfaren ägare presumeras vara rätt ägare, men detta kan motbevisas genom uppvisandet av en överlåtelsehandling, se UB 4:24. Däremot krävs inskrivning för att erhålla omsättningsskydd.

¹¹ Millqvist, Traditionsprincipen vid pantsättning av löpande skuldebrev genom deponering i sk öppet förvar i bank, JT 1996-97 s. 125

¹² Göransson, Traditionsprincipen s. 550

I senare rättspraxis har HD genom utförligare domskäl klargjort att det centrala i bedömningen av om traditionskravet är uppfyllt är huruvida ett rådighetsavskärande har ägt rum.¹³ Överlåtarens skall fräntas möjligheten att förfoga över egendomen genom att det sker en besittningsförändring. Det krävs dock inte att egendomen har kommit i förvärvarens besittning. Det räcker med att egendomen har tagits ur överlåtarens besittning. Ordalydelsen i 22 § SkbrL, vilken närmast tyder på att det är ett besittningstagande som är det centrala momentet, är således något missvisande avseende vad som krävs: *Överlåtelse av löpande skuldebrev vare ej gällande mot överlåtarens borgenärer, med mindre den till vilken överlåtelsen skett fått handlingen i besittning.*

I NJA 1996 s 52 (pantbrev i depå) uppkom frågan om vad som kraven för en sakrättsligt skyddad trädning av löpande skuldebrev enligt 22 § SkbrL. Löpande skuldebrev pantförskrevs och lämnades i öppen depå i bank för förlagsinnehavares räkning under sådana omständigheter att pantsättaren i praktiken behöll möjligheten att förfoga över panten. HD markerade i domskälen att det avgörande för borgenärsskydd är pantsättarens avskurna rådighet. Eftersom inget rådighetsavskärande hade åstadkommit förelåg inget skydd mot pantsättarens borgenärer. I NJA 1997 s 660 (flytdockan) bekräftade HD traditionsprincipens giltighet och betydelse för sakrättsligt skydd avseende lös egendom. Den debatt som förekommit om avskaffande eller uppmjukande av principen noteras, men en ändring anses enbart kunna ske genom lagstiftning: ”Traditionsprincipen får anses så fast förankrad i svensk rätt att det knappast kan komma ifråga att helt eller delvis överge principen utan stöd av lag.”

Numera anses således klarlagt att kärnan i det sakrättsliga momentet är ett

¹³ NJA 1996 s 52, NJA 1997 s 660 och 1998 s 379

rådighetsavskärande för överlåtaren.¹⁴ När det gäller pantsättning skall rådigheten också förbli avskuren för att panträtten skall bestå. Det räcker inte med att överlåtaren har frånhänts den rättsliga möjligheten att förfoga över egendomen, vilket normalt inträder redan genom avtalet, utan vad rådighetsavskärandet handlar om är den faktiska möjligheten att förfoga över egendomen. Överlåtaren skall inte bara sakna rätt att använda saken utan dessutom sakna faktisk möjlighet att förfoga över densamma: "...ett effektivt och fysiskt rådighetsavskärande för överlåtaren eller pantsättaren."¹⁵ Överhuvudtaget har ingen tradition skett när överlåtaren efter överlåtelsen har samma eller liknande rådighet över egendomen som tidigare.¹⁶

Lindskog lägger en annan innebörd i begreppet rådighetsavskärande, vilket han anser enbart kan vara ett rättsligt avskärande från förfogande, eftersom besittning inte ger rådighet utan endast ett "sken av rådighet".¹⁷ Besittningen ger ett intryck, ett sken, av att vederbörande är behörig att förfoga över egendomen. Övrig doktrin och praxis synes dock tala om rådighetsavskärande som en avskuren möjlighet att faktiskt förfoga över egendomen. Lindskogs semantiska tolkning av begreppet synes korrekt men faktum kvarstår, en faktisk förfogandemöjlighet får ej förekomma, vare sig man benämner det rådighet eller rådighetssken. I uppsatsen kommer termen rådighet användas i meningen faktiskt förfogandemöjlighet. Lindskogs begreppsanvändning hänger samman med hans syn på traditionskravets syfte som motverkande av dubbeldispositioner, mer om det nedan under 3.5.

3.2 Denuntiation till tredje man

Denuntiation, meddelande om att överlåtelse eller pantsättning har skett, är ett självständigt sakrättsligt moment för viss typ av egendom, t ex överlåtelse och

¹⁴ Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom s. 435, Rodhe, Handbok i sakrätt s. 210 och Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 32

¹⁵ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 36

¹⁶ Se t ex NJA 1923 s 372, 1934 s 473, 1986 s 409 och 1975 s 638

¹⁷ Lindskog, Sakrättsligt misstorende, JT 1991-92 s. 276-277

pantsättning av enkla fordringar enligt 31 § SkbrL. Även vid överlåtelse av hyresrätt ges skydd genom denuntiation till hyresvärden enligt NJA 1988 s 257. Överlåtelse av andelsrätter skyddas likaså genom denuntiation till den juridiska personen.¹⁸

När det gäller sådan lös egendom som i normalfallet kräver tradition för sakrättsligt skydd kan denuntiation aktualiseras i ett speciellt fall. När tredje man innehar egendom för överlåtarens räkning räcker det med ett meddelande från någon av parterna att överlåtelse har skett och att besittaren inte får lämna ut egendomen till annan än förvärvaren. Vid pantsättning är möjligheten att genom denuntiation på detta sätt erhålla sakrättsligt skydd, lagstadgad i Lag (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehas av tredje man.

Tredje man får genom denuntiationen ett utlämningsansvar mot förvärvaren med skyldighet att inte lämna ut egendomen till överlåtarens. Att man godkänner sakrättsligt skydd genom en tredje man beror på att han anses bli representant för förvärvaren, varvid tredje mans innehav medför att överlåtarens rådighet avskärs och denuntiationen därmed ges samma effekt som en tradition. Någon faktisk besittningsförändring har inte ägt rum men man brukar laborera med besittningsbegreppet och säga att den medelbara besittningen har övergått på förvärvaren genom att den omedelbara besittaren har meddelats om att det nu är förvärvaren som skall ha egendomen. Det medelbara besittningsbegreppet innebär också att 4:18 UB kan tillämpas vid utmätning mot en gäldenär som inte har egendomen i sin omedelbara besittning, se NJA 1984 s 456. Den omedelbara besittaren måste dock förklara sig inneha föremålet för den medelbara besittarens räkning för att presumtionsregeln i 4:18 UB skall kunna tillämpas.

Överlåtarens är, genom meddelandet till tredje man om att överlåtelse har skett och att tredje mannen därmed inte får lämna ut egendomen till överlåtarens, avskuren

¹⁸ För bostadsrätter se NJA 1971 s 66 och för dödsbo NJA 1972 s 512.

rådigheten emedan han inte längre kan hämta ut egendomen. Således kan han, varken rättsligt eller faktiskt, förfoga över egendomen. Detta grundas på en hypotetisk tilltro till den tredje mannen som innehar egendomen.¹⁹ Han kan ju mot instruktionen faktiskt utlämna egendomen till överlåtaren men i sådana fall drabbas han av ett skadeståndsansvar. Det förutsätts därför att en utomstående tredje man kommer att iaktta vad som åligger honom sedan han denuntierats. Dock kan, som vi skall se nedan, problem uppstå i den situation där tredje man inte är helt utomstående utan är närmare knuten till den ena personen i transaktionen genom ett uppdragsförhållande varpå avtalsförhållandet dem emellan smittar av sig på transaktionen och den tredje mannen misstros på samma sätt som överlåtaren.

3.3 Registrering

Genom LkL kan köparen erhålla skydd mot överlåtarens borgenärer efter 30 dagar, genom registrering kombinerad med kungörelse, oaktat att egendomen finns kvar hos säljaren.²⁰ Här finns således en möjlighet att få sakrättsligt skydd genom endast publicitet. LkL är, som namnet antyder, begränsat till lösöre i egentlig mening.

Problemen med att använda sig av LkL är flerfaldiga. För det första kan man inte använda lagen vid kontinuerliga affärstransaktioner, rörande egendom som inte är avsedd att vara kvar en längre tid i bolaget, eftersom det är ett formalistiskt förfarande och skydd inte ges förrän efter 30 dagar. Det största problemet är dock företagshypoteksinstitutet. En registrering enligt LkL ger nämligen inte företräde framför den borgenär som har, eller inom 30 dagar uttar, företagshypotek i säljarens rörelse, se 2:4 2 st lag (1984:649) om företagshypotek (FHL) och 3a § LkL. Eftersom många bolag har företagsintecknad rörelse innebär det i praktiken en omöjlighet att

¹⁹ För hypotetisk tilltro och hypotetisk misstro från rättsordningens sida hänvisas till Lindskog, Sakrättsligt misstroende, JT 1991-92 sid 275-284

²⁰ Se Lag (1845:50 s 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård. kvarbliva. Lagen finns intagen under HB 1 kap. Lagen ger enbart borgenärsskydd och inte omsättningsskydd.

erhålla skydd genom att använda LkL och lagen används därför sällan numera.²¹ Att tradition därmed blir ett absolut krav skapar problem för närstående i bolagsförhållanden då detta i vissa fall kan vara den enda framkomliga vägen såsom praxis har utformat sig. Kan den överlåtna egendomen identifieras, är den avsedd att bli kvar och finns ingen inteckning i överlåtarens rörelse, bör dock närståendebolag använda sig av registreringsmöjligheten.²²

Det finns även ett antal specialregler som ger borgenärsskydd genom registrering för viss typ av egendom. Avseende överlåtelse av aktier i avstämningsbolag ger registrering i VPC:s register sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer, 6 kap lag (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument. Vid förvärv av skepp erhålls skydd genom registrering enligt 2:9 Sjölagen. I samband med beställning av båt från varv kan förvärvaren registrera båtbyggnadsförskott hos Stockholms tingsrätt, lag (1975:605) om registrering av båtbyggnadsförskott. Registrering ger förvärvaren säkerhet i de varor varvet köpt in för hans räkning och förmånsrätt enligt 4 § 4 p FRL.

3.4 Avsteg och särlösningar

För vissa typer av transaktioner, där rådighetsavskärande har varit problematiskt att åstadkomma och det ansetts vara såväl praktiskt som skäligt att anpassa eller till och med göra avsteg från traditions- och denuntiationskravet, har HD periodvis visat sig villig att modifiera det sakrättsliga momentet i syfte att anpassa det till den aktuella situationens omständigheter. Antingen har ett totalt avsteg från traditionskravet skett och redan avtalet givit skydd, eller har kravet på det sakrättsliga momentet anpassats för att passa den rådande situationen.

Ett exempel på HD:s villighet att göra avsteg från traditionskravet är NJA 1985 s 159 där HD slopade traditionskravet för exekutiv försäljning. HD ansåg i förevarande mål

²¹ Eckerberg, Lösöresköp i praktiken, en undersökning sid. 644 och 647

att det inte var lämpligt att upprätthålla kravet: ”Det stöd från lagstiftningen som kan åberopas för att traditionskrav i fråga om lös sak består endast i en motsatstolkning av lösöresköpslagen. Att denna skulle iakttas vid exekutiv försäljning torde dock vara helt opraktiskt...” Numera ges sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer vid försäljning av lös egendom på exekutiv auktion redan vid avtalstillfället.

Avtalsprincipen anses även gälla för överlåtelse av immaterialrätter, av praktiska skäl, eftersom tradition inte är möjlig.²³ Likaså erhålls vid överlåtelse av en hel verksamhet skydd för de övertagna kundfordringarna genom avtalet, då det inte anses rimligt att kräva att varje enskild gäldenär underrättas om överlåtelsen.²⁴ Även vid överlåtelse av byggnad på annans mark uppnås sakrättsligt skydd redan genom avtalet, NJA 1952 s 407.²⁵ Särreglerat i lag är försäljning av virke, lag (1944:302) om köparens rätt till märkt virke enligt vilken det är tillräckligt att virket avskilts och individualiserats för köparens räkning.

NJA 1986 s 217 (factoring), NJA 1987 s 705 (administrationskonto) och NJA 1995 s 367 (investorleasing) kan samtliga ses som exempel på tendensen i rättspraxis att anpassa det sakrättsliga momentet till situationens förutsättningar. I NJA 1986 s 217 ansåg HD denuntiation till factoringbolaget (denuntiation hade alltså inte skett till fakturagäldenärerna) godtagbar enligt 31 § 1 st och 10 § SkbrL vid andrahandspantsättning av överhypotek enligt factoringavtal. I 1995 s 367 anser HD det ”...väga mindre tungt att överlåtare, oaktat att han inte hade rätt att förfoga över medlen för egen del, ändå erhåller ett visst sken av rådighet under den tidsrymd som inträffar mellan det att han uppburit betalning och det att han redovisat den till förvärvaren”

²² Lösöret måste kunna specificeras för att få registreras enligt lagen.

²³ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 266

²⁴ A a s 255 samt 31 § 3 st SkbrL.

²⁵ Pantsättning kräver däremot tradition. Dock var rättsfallet frågan om en säkerhetsöverlåtelse och inget omsättningsköp.

I doktrinen har framförts att tendensen att skraddarsy lösningar stannat av i och med NJA 1997 s 660.²⁶ HD noterar i målet kritiken som riktats mot traditionskravet men säger sig inte kunna frånga en så fast etablerad princip utan lagstiftningsåtgärd: ”Traditionsprincipen får anses så fast förankrad i svensk rätt att det knappast kan komma ifråga att helt eller delvis överge principen utan stöd av lag.” Av NJA 2000 s 88 synes dock HD inte vara främmande inför att anpassa kravet på rådighet till den aktuella situationen och av Justitieråd Svenssons uttalanden kan inläsas ännu längre gående verkan. Det synes som att HD vänder sig mot traditionsprincipen, men inte helt kan frånga den utan lagstiftarens inblandning. Däremot ges principen inte ett större innehåll än vad som krävs i det enskilda fallet: ”Det är inte aktuellt att drastiskt förändra rättsläget på denna punkt men kravet för borgenärsskydd som en allmängiltig regel tillerkänns å andra sidan inte mer utrymme än som är absolut nödvändigt för att inte bryta mot gällande rätt.”²⁷

Det finns både för- och nackdelar med att införa olika särlösningar och därigenom anpassa kravet för de skilda avtalstyper som finns på området. Stora problem kan uppstå avseende nya avtalstyper när det gäller förutsebarhet och rättsäkerhet innan rättsläget fastställts. Däremot är det fördelaktigt att det sakrättsliga momentet anpassas efter de speciella krav som ställs på den individuella transaktionstypen och de problem som är sammanknippade med densamma. Detta innebär en förutsättning för ett rättvist resultat, möjliggör att syftet bakom det sakrättsliga momentet kan beaktas samtidigt som momentet är praktiskt genomförbart genom vilket en viss flexibilitet i systemet erhöles.

²⁶ Millqvist, G, Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare. JT 1999/2000 s 906

²⁷ Millqvist, Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare. JT 1999/2000 s 906

3.5 Syften bakom det sakrättsliga momentet

Det vanligast anförda och till synes viktigaste skälet bakom kravet på ett sakrättsligt moment är avvärjande av borgenärsbedrägerier och andra illojala förfaranden inför en förestående konkurs eller ett utmätningsförfarande.²⁸ Det sakrättsliga momentet skall förhindra, eller i brist på det försvåra, att gäldenären vidtar skentransaktioner eller genom efterhandskonstruktioner undanhåller egendom från konkursen eller utmätningen. Detta har kommit till uttryck i såväl förarbeten som doktrin och rättspraxis.²⁹ I NJA 1985 s 159 föranledde offentligheten kring en exekutiv auktion att det inte ansågs föreligga någon risk för skentransaktioner, varvid HD ansåg sig kunna göra avsteg från traditionskravet.

Avsaknaden av krav på sakrättsligt moment anses medföra en risk för att gäldenären genom falskt påstående om överlåtelseavtal före konkursutbrottet alltför enkelt kan freda sin egendom. Riskens anses överhängande att gäldenären i maskopi med annan, en ”...inte helt onaturlig böjelse hos en gäldenär...”³⁰, undandrar egendom från borgenärerna. Egendomens förflyttning, eller denuntiation till tredje man, möjliggör att utomstående kan konstatera att en överlåtelse har ägt rum vilket förebygger en efterhandskonstruktion. En tidsmässigt fastställd överlåtelse får även betydelse för tillämpningen av återvinningsreglerna, eftersom flertalet av dem är uppbyggda kring tidsfrister. Om det sakrättsliga momentet ges en viss publicitet kan borgenärerna upptäcka vad som sker och på det sättet ges en möjlighet att agera innan det är för sent.³¹

Det är av naturliga skäl enklare att påstå att ett överlåtelseavtal har träffats än att en fysisk förflyttning med yttre manifestation skett innan konkursutbrottet. Traderingen

²⁸ Hessler, Allmän sakrätt s. 90 och Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 35. Se också argumentationen i domskälen i NJA 1985 s 159. Här motiverar HD sitt beslut att göra avsteg från traditionskravet med att det inte förelåg risk för skenavtal vid köp i samband med offentlig auktion.

²⁹ Se t ex Skuldebrevslagens förarbeten NJA II 1936 s 112

³⁰ Göransson, Traditionsprincipen s. 640

³¹ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 35.

markerar, i enlighet med diskussionen ovan rörande besittning, en uppnådd rättslig position som förvärvaren i och med överlåtelsen erhållit. Besittningsförändringen medför också en viss uppoffring, som i sig kan förebygga skentransaktioner, eftersom överlåtaren efter traderingen inte längre kan förfoga över egendomen. Uppoffringen i det enskilda fallet beror naturligtvis till viss del på vilken typ av egendom det rör sig om och om överlåtelseavtal träffas genom sken kan ju även en tratering av egendomen ske av sken när gäldenären blir varse om sin ekonomiska situation. Oavsett om skydd erhålls genom avtalet eller genom en förflyttning av egendomen måste gäldenären ha en medhjälpare tillsammans med vilken han påstår sig ha företagit transaktionen. Det är, med vetskap om reglerna, inte särdeles svårt att vidtaga en skentradition: ”Det betänkliga ligger i att ett simulerat överlämnande hos oss ses som ’fullt bevis’ för sakrättskydd.”³² Följden blir att det går att legitimera en skenrättshandling sakrättsligt. Samtidigt kan i andra situationer syftet vara väl tillgodosett utan att det är kopplat till en besittningsförändring av egendomen.

Vid en genomgång av i övrigt angivna syften bakom det sakrättsliga momentet i borgenärsskyddssituationen erhålls en uppsättning argument vars bärkraft kan ifrågasättas. Lindskog anser förfogandelegitimationen central eftersom den utgör en kritisk del i godtrosförvävsbedömningen.³³ I den meningen skulle kravet på tradition vid borgenärsskydd syfta till att förebygga dubbeldispositioner av olika slag: överlåtaren kan inte sälja egendomen vidare till någon annan sedan förvärvaren fått egendomen i sin besittning. Hållbarheten i detta kan dock ifrågasättas av den anledningen att det finns regler om godtrosförvärv som löser dessa konflikter. Godtrosskyddet verkar förebyggande redan genom att reglerna om godtrosförvärv finns. Den första förvärvaren förlorar ju konflikten om den andra förvärvaren är i god tro. Håstad är kritisk till resonemanget: ”Det förefaller egenartat att köparen skall gå miste om borgenärsskydd på grund av att han inte i eget intresse förebyggt en

³² Håstad, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 s. 645

³³ Lindskog, Sakrättsligt misstorende, JT 1991-92 s. 277 f

efterföljande överlåtelse som i det enskilda fallet aldrig inträffat.”³⁴ Håstads synpunkt att förvärvaren skall bli drabbad ur borgenärssynpunkt på grund av en reglering som har honom som skyddsobjekt är viktig, även om man också måste ta hänsyn till den allmänna omsättningsintresse av att människor i allmänhet skall kunna förlita sig på att besittning innebär en slags legitimation för ägande.

³⁴ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 212

4. Närståendetransaktioner i bolagsförhållanden

4.1 Rättshandlande mellan närstående

Rättshandlande mellan närstående har av naturliga skäl alltid varit kringgärdat av restriktioner av skilda slag. Det föreligger en påtaglig risk att närstående i samförstånd med varandra vidtar transaktioner i syfte att undandra egendom från borgenärerna vid ett exekutionsförfarande. Intresse- och egendomsgemenskap av olika beskaffenhet väcker misstro till uppgifter om att egendom överlåtits eller pantsatts: ”Det kan ligga nära till hands att misstänka att besittningen och förfogandemöjligheten återgår så snart faran är över.”³⁵

För en del områden finns särregler och på andra områden nöjer rättsordningen sig med att betrakta rättshandlingarna med ett visst misstroende i och med beaktandet av relationen mellan parterna som en självständig aspekt. Exempel på områden där specialregler avseende närstående förekommer är återvinningsreglerna i 4 kap konkurslagen (1987:672) (KL) och reglerna för när utmätning i lös egendom kan ske enligt UB:s regler. Gemensamt för reglerna är att närstående presumeras ha en större benägenhet att företa svekfulla transaktioner, samt att det på grund av närheten parterna emellan är svårare att motbevisa påstådda transaktioner. I återvinningsreglerna i 4 kap KL kommer synsättet till uttryck i längre frister och en presumtion om ond tro i 4:5 KL.³⁶ Vid utmätning finns en särskild presumptionsregel i UB för sammanboende under äktenskapsliknande former. All egendom som finns i den gemensamma besittningen antas tillhöra gäldenären om det inte framgår att egendomen tillhör den andra parten eller det görs sannolikt att egendomen innehas med samäganderätt, 4:19 1 st UB. För det fall utmätning sker hos någon som innehar egendom i gemensam besittning med annan än någon man sammanlever med under äktenskapsliknande former ankommer det på kronofogdemyndigheten att visa att

³⁵ Millqvist, G, Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare s.903

³⁶ För närståendedefinitionen i KL se 4:3 KL

egendomen tillhör gäldenären för att den skall kunna bli föremål för utmätning.

När förhållandet rör bolag blir närståendeinslagen särdeles komplexa i den meningen att själva bolagskonstruktionen med avsaknaden av personligt ansvar för delägarna innebär att det per se föreligger en konflikt mellan aktieägarens intressen och borgenärskollektivets skyddsbehov. Till detta kan läggas att den juridiska personens särart skall anpassas till de regler som finns på det obeståndsrättsliga området, varav många (t ex avseende besittning och godtrosbedömning) är skrivna med fysiska personer för ögonen.

4.2 Egendoms- och intressegemenskap

4.2.1 Rättssubjektivitet och ansvarsfrihet

Både aktiebolag och handelsbolag erhåller sin rättsliga status i samband med registrering och blir därigenom juridiska personer med egen rättskapacitet och egen förmögenhet skild från delägarnas. I aktiebolag svarar delägarna inte personligen för bolagets förpliktelser enligt 1:1 aktiebolagslagen (1975:1385) (ABL), medan bolagsmännen i ett handelsbolag enligt 2:20 lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag (BL) svarar solidariskt för bolagets skulder.

Ansvarsbegränsningen i 1:1 ABL innebär att aktiebolag endast svarar med sina egna tillgångar och aktieägarna därmed aldrig kan tvingas till ytterligare tillskott för att täcka bolagsborgenärernas fordringar. Aktieägarens borgenärer å sin sida kan inte komma åt egendom i bolaget utan har endast aktieägaren att hålla sig till för dennes privata skulder. Handelsbolagets fordringsägare kan försöka få ersättning för sina fordringar såväl ur bolagets konkursbo som i de enskilda bolagsmännens konkurser. Bolagsmännens enskilda borgenärer kan inte komma åt egendom som tillförts bolaget genom att t ex försöka få bolaget tillhörig egendom utmätt eller försätta

Den juridiska personen äger således sin egendom, vilken är skild från aktieägarens privata egendom. Eftersom den juridiska personen endast är en abstraktion krävs dock en ställföreträdare för det faktiska förfogandet över bolagets egendom. Den juridiska personens besittning och rättshandlande manifesteras således genom en ställföreträdare för bolaget. Viktigt att beakta vid detta förhållande är att det fortfarande rör sig om ett förfogande för bolagets räkning och inte för egen del: ”I verkligheten utgör bolagsmännens dispositionsrätt alls inte någon inskränkning i eller modifikation av bolagets rättssubjektivitet, om begreppet rättssubjekt uppfattas på det sätt som är vanligt i svensk rätt, dvs såsom ett med fysisk person därutinnan likställt subjekt att det kan >>förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter samt inför domstol och annan myndighet söka, kära och svara>>.”³⁸

4.2.2 Enmansbolag och fåmansbolag

Möjligheten att ensam driva aktiebolag har inte alltid varit tillåtet i svensk rätt utan infördes först i och med 1975 års aktiebolagslag. Enligt 1910 års lag krävdes att aktiebolag stiftades av minst fem personer och om antalet minskade förelåg likvidationstvång. I praktiken förekom dock enmansbolag i hög utsträckning genom att ägaren överlät en aktie var till fyra honom närstående personer med följderna att likvidationstvånget kringgicks. Numera är det tillåtet med en stiftare, 2:1 ABL, och enmansaktiebolag godkänns fullt ut. En styrelse skall utgångsvis enligt 8:1 ABL ha minst tre ledamöter, men i privata aktiebolag är det tillåtet med endast en styrelseledamot under förutsättning att det finns minst en suppleant. Handelsbolag med en delägare får däremot inte förekomma. För uppkomsten av ett handelsbolag krävs att det föreligger ett avtal mellan två eller flera delägare om att gemensamt driva näringsverksamhet tillsammans. Om antalet bolagsmän minskar till en måste

³⁷ Sandström, Handelsbolag och enkla bolag s. 88-89

³⁸ Nial, Handelsbolag och enkla bolag s 213

bolaget upphöra, 2:28 BL. Det har förekommit förslag³⁹ om att tillåta enmansbolag även inom handelsbolagsformen, men förslagen har avstyrkts bl a på grund av risken att bolagsmannen i den situationen skulle handla med sitt eget bolag på icke-marknadsmässiga villkor: "...godtyckliga överföringar mellan olika rättssubjekt..."⁴⁰

Misstroende i samband med rättshandlingar i bolagsförhållanden aktualiseras i synnerhet avseende enmansbolag och koncernbolag. Kontrollen och insynen i de ensamägda eller fåmansägda bolagen är mindre, ägandet och ledningen sammanfaller vanligen och tendenser till genomsyn av bolagskonstruktionen allt större. I enmansaktiebolag finns en påtaglig risk för identifikation i ekonomiskt hänseende mellan bolaget och aktieägaren: "Olägenheterna av enmansbolag ligger däri, att möjligheterna att till skada för fordringsägarna smussla undan egendom är större än i bolag med många delägare."⁴¹

4.2.3 Koncernbolag och koncernintresse

Det är på den svenska marknaden vanligt förekommande att två eller flera företag organiseras som en koncern vari moderbolaget utövar ett bestämmande inflytande över ett eller flera till moderbolaget knutna dotterbolag. Vanligen grundar sig det bestämmande inflytandet på att moderbolaget direkt eller indirekt äger och röstar för mer än hälften av aktierna i dotterbolaget, men även andra omständigheter kan ge ett dylikt inflytande. Regleringen angående koncerndefinition och koncernvillkor återfinns i 1:5 ABL och 1:1 lag (1995:1554) om årsredovisning (ÅRL).

³⁹ Se t ex Justitiedepartementets PM dnr 1989-28-16

⁴⁰ Prop. 1992/93:137 s. 10

⁴¹ Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 26

En koncern är en sammanhållen ekonomisk enhet genom vilken dotterbolagen i koncernen kan inordnas i moderbolagets. Det är dock av yttersta vikt, framför allt i obeståndssituationer, att hålla i minnet att detta inte på något sätt förtar de i koncernen ingående bolagen dess ställning som separata juridiska personer.

Aktiebolagslagen 1:1 stadgar att delägarna inte svarar för aktiebolagets skulder. Av paragrafen följer att moderbolaget i en koncern inte heller svarar för dotterbolagets förpliktelser. Trots att koncernen är en familjekrets av juridiska personer är koncernen inget rättssubjekt, utan varje bolag har sina egna tillgångar och skulder. På samma sätt som bolagets borgenärer inte kan avkräva aktieägarna betalning för bolagets skulder, kan inte heller borgenärer till ett i koncernen ingående bolag kräva ett annat i koncernen ingående bolag på ersättning. Det föreligger ett spänningsförhållande i så måtto att under en koncerns livstid fungerar den i stort som om den vore en juridisk person med en sammanhållen rörelse men vid något i koncernen ingående bolags konkurs eller då flera bolag inom koncernen går i konkurs är bolagen strikt uppdelade med egna tillgångar samt sina egna skulder och fordringsägare.⁴² Det kan i vissa fall endast vara en slump huruvida egendomen finns i ett bolag eller i ett annat och likaså vem som ingått vilka avtal, men förhållandet får avsevärda konsekvenser i en konkurssituation för bolagens respektive borgenärer. Varje bolag betraktas alltså ur ansvarssynpunkt som en självständig juridisk enhet och något speciellt koncernintresse anses i den meningen inte uppkomma.

Det är inte en ovanlig företeelse att det i koncerner sitter samma personer i ledningen för de i koncernen ingående bolagen. Samtliga svenska börsbolag har kontakt med andra börsbolag genom att de har gemensamma styrelseledamöter, s k interlocking directors, i varandras bolag.⁴³ I SOU 1995:44 diskuteras förekomsten av s k interlocking directors. Här avvisas en reglering som begränsar det antal

⁴² Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 188

⁴³ Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamöter och verkställande direktör s. 350

styrelseuppdrag en och samma fysiska person får inneha i aktiebolag.⁴⁴ Kommittén anser detta vara en fråga för bolagets ägare och inte för lagstiftaren. Styrelsegemenskap över bolagsgränserna kan betraktas som fördelaktig för aktieägarna men har även betydelse för maktkoncentrationen i näringslivet. Av styrelsesammansättningen i svenskt näringsliv följer av naturliga skäl att det är en tämligen vanlig företeelse med transaktioner mellan bolag med gemensam ledning. Det faktum att bolag företräds av samma personer i styrelsen rubbar inte förhållandet att det rör sig om separata juridiska personer med egen rättskapacitet, precis på samma sätt som det inte gjorde det på den grunden att bolagen ingick i en koncern.

Koncernbildning anses ur samhällsekonomisk synvinkel viktig och det måste därför mellan de i koncernen ingående bolagen ges möjligheter till kapitalöverföring då detta är ett av huvudskälen till varför man väljer en koncernkonstruktion.⁴⁵ Förhållandet bidrar dock till den konflikt som föreligger inbyggd i koncernförhållandet: ”Å ena sidan är ofta koncernuppläggets huvudsyfte att möjliggöra riskfördelning, resultatutjämning och kapitalrationalisering, å andra sidan formas borgenärs- och minoritetsskyddsregler med utgångspunkt från varje enskild juridisk person. Risken för borgenärerna ligger främst däri att vinster och likviditet överföres inom koncernen till fromma för helheten men till nackdel för fordringsägarna i vissa koncernbolag.”⁴⁶

4.2.4 Borgenärsintressen i bolagsförhållanden

Ett aktiebolag är en kapitalassociation, viktig ur samhällsekonomisk synvinkel i den meningen att möjligheten till investering utan risk för personligt betalningsansvar är en förutsättning för tillgången till riskkapital på marknaden. Det begränsade ansvar bolagsformen medför kräver å sin sida att det finns regler som tillgodoser

⁴⁴ Se Skog, Aktiebolagets organisation, Balans 6-7/95 s. 17 I tysk och fransk rätt finns däremot sådana begränsningsregler (10 respektive 8 uppdrag)

⁴⁵ Gometz, 12 kap Aktiebolagslagen- en studie angående vinstutdelning i svenska aktiebolag, s. 24

⁴⁶ A a s. 24

borgenärernas intressen. Det finns en grundkonflikt mellan aktieägarnas intressen och borgenärernas intressen, i det att aktieägarna strävar efter vinstmaximering medan borgenärerna prioriterar ett minskat risktagande.⁴⁷

Mot delägarnas begränsade ansvar står således borgenärsskyddet som i svensk rätt i första hand är konkretiserat genom skyddet för det bundna egna kapitalet, som inte står till fritt förfogande för aktieägarna. Vid bolagets bildande föreligger en tillskottsplikt för stiftarna. Privata aktiebolag skall ha minst 100 000 kronor i aktiekapital medan det för de publika bolagen krävs ett aktiekapital på 500 000 kronor, 1:3 ABL. Dessa medel skall tillföras bolaget vid bildandet. Skyddet för det bundna egna kapitalet skall sedan säkerställa att tillskotten aktieägarna tillfört bolaget vid bildandet samt vid senare emissioner stannar kvar i bolaget som säkerhet för borgenärerna.

Exempel på borgenärsregler är utbetalningsförbudet i 12 kapitlet ABL innebärande att utbetalning till aktieägarna enbart kan ske genom vinstutdelning, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet och i samband med utskiftning vid likvidation. Tvångslikvidationsbestämmelsen i 13:2 ABL fungerar också som skyddsåtgärd i det att styrelsen måste likvidera bolaget för det fall det egna kapitalet understiger en kritisk gräns om hälften av det registrerade aktiekapitalet och ej lyckats återställa det inom åtta månader. Även låneförbudet fungerar som en viktig regel till skydd för borgenärernas intresse, så till vida att en fordran på ägaren inte utgör den enda tillgången i bolaget. Det finns även andra regler som är viktiga för bolagsborgenärerna, t ex ansvarsregler för styrelsen och redovisningsreglerna, men avsikten är inte att fördjupa mig i dem här.

Den juridiska personens konstruktion som rättsfigur föranleder alltså en grundläggande intressekonflikt mellan bolagets borgenärer (kapital att komma åt) och aktieägaren (vinstmaximering) men även en konflikt mellan bolagets borgenärer och

⁴⁷ Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 361

aktieägarens borgenärer. Bolagets borgenärer vill att så mycket egendom som möjligt skall tillhöra bolaget medan aktieägarens personliga borgenärer vill att så mycket som möjligt skall tillhöra aktieägaren personligen.

4.2.5 Genomsyn och identifikation

Då bolag hotas av konkurs förekommer det ibland att ägaren och tillika företrädaren gör transaktioner för att komma undan med egendom från bolagets borgenärer. Ägaren till det skuldyngda bolaget bildar ett nytt aktiebolag och överför tillgångarna till det nya bolaget innan det gamla försätts i konkurs. Det nya bolaget fortsätter driva rörelsen, som inte längre är behäftad med skulder, i hopp om förbättrade resultat.

Överförandet av egendom kan ske på mer eller mindre legitima sätt. Bokföringen i det i konkurs försatta bolaget kan vara så bristfällig att det saknas möjlighet att närmare utreda huruvida tillräckligt – om något - vederlag erlagts för egendomen. Dessa illegitima transaktioner förekommer säkerligen, men ingalunda alltid. Ibland överläts egendom till det nystartade bolaget till ett marknadsmässigt pris. Eftersom vederlagets existens och storlek är egal vid den sakrättsliga bedömningen drabbas legitima transaktioner av det allmänna misstroendet i dessa situationer när rådighetsavskärandet är svårt att uppnå. I ett avseende eftersträvas säkerligen denna effekt i det att man vill förhindra att ägaren och företrädaren till aktiebolaget fortsätter driva rörelsen och historien upprepar sig. I detta ligger en moralisk dimension med innebörden av att den som drivit sitt bolag i konkurs annars kommer för billigt undan utan alltför kännbara konsekvenser. Det är förvisso centralt ur en marknads-ekonomisk synvinkel att olönsamma verksamheter effektivt sorteras ut, men frågan är om det verkligen är sakrättens sak att se till att det sker eller om det skall skötas med andra spelregler eller inom självsaneringens ram.

Vid bedömningen av det sakrättsliga momentet läggs så stor vikt vid närståenderelationen att det närmast blir frågan om en genomsyn av bolagskonstruktionen. Därmed betraktas situationen som att företrädaren i kraft av

sitt företräderskap (ofta i kombination med ägande) själv sålt egendomen via bolaget. Företrädaren är därmed fortfarande innehavare - direkt ägare och besittare - till egendomen trots att bolagen har skiftat under tiden. Borgenärerna till det förra bolaget är dock inte borgenärer till varken det nya bolaget eller till ägaren personligen. Det förhållandet att bolaget faktiskt är en egen juridisk person med egendom skild från ägaren och som i aktiebolagsfallet utan personligt betalningsansvar blir ur den synvinkeln något naggat i kanten.

4.3 Rådighetsavskärande i närståendeförhållanden

Traditionsprincipen är enkel ur den synvinkeln att om egendom befinner sig hos gäldenär och tredje man hävdar att överlåtelse har skett krävs motbevisning i form av lösöresköpsregistrering, annars saknar förvärvaren sakrättsligt skydd. Besittningsövergången är dock inte alltid enkel att bedöma. Om förvärvaren och överlåtaren efter överlåtelsen har sambesittning till egendomen har inget rådighetsavskärande skett eftersom överlåtaren fortfarande kan förfoga över egendomen. Vi ser här genast att det måste bli problem för närstående att erhålla borgenärsskydd vid överlåtelse och pantsättning. Inte nog med att närstående typiskt sett misstros och domstolarna i dessa situationer tenderar att uppställa högre krav.⁴⁸ Vidare tillkommer problematiken att besittningsbegreppet inte är anpassat för juridiska personer eftersom juridiska personer inte i sig kan ha besittning till egendom utan ett bolagsorgan genom vilket besittningen manifesteras. En fysisk person kan således ha besittning till egen egendom, till bolaget A:s egendom samt till bolaget B:s egendom för det fall han är ställföreträdare för två bolag. Reglerna om överföring av besittning och bedömning av rådigheten blir därmed mycket komplicerad vid en utmätning eller en i samband med en konkurs. Att konstatera vad som utgör besittning för egen del och för andras

⁴⁸ Se t ex NJA 1986 s 409 (vapenskåpet) Sonen i en familj pantförskrev sitt jaktvapen till modern som säkerhet för en skuld. Han hade dock såväl före som efter pantsättningen i stort sett obehindrad tillgång till vapnen genom att fråga sin fader om öppnande av skåpet. Därmed hade ingen besittningsövergång skett och moderns panträtt stod sig inte mot sonens borgenärer.

räkning är i sig svår fråga, men än svårare blir det att åstadkomma en förändring i besittningen vid en överlåtelse då det avgörande för sakrättsligt skydd är en förändring i den faktiska förfoganderätten till egendomen.

I många fall ges, som ovan berörts, närmast intrycket av att man i obeståndsrättsliga situationer ser igenom bolagskonstruktionen i det att företrädaren fortfarande betraktas som innehavare genom att man fäster avgörande vikt vid företrädarskapet och ställföreträdarens besittning. Man skiljer inte mellan ställföreträdarens besittning som manifestering av bolagets besittning och ställföreträdarens egen besittning eller besittning som manifestering för annat bolag. Även då företrädarna till de rättshandlande bolagen är närstående till varandra har misstroendet etablerats.

5. Lojalitetsplikt och ställföreträdarskap

5.1 Bolagsledningens lojalitetsplikt

Styrelseledamöter i aktiebolag har en skyldighet att vara lojala mot bolaget, en lojalitetsplikt som följer av den ställning ledamöterna har i förhållande till bolaget. Lojalitetspliktens huvudsakliga innebörd är att ledamoten vid fullgörandet av sitt uppdrag enbart skall ha bolagets bästa och dess intressen för ögonen samt undvika att skada bolaget.⁴⁹ Ytterligare innebär det att ledamoten måste avhålla sig från att utnyttja bolaget och sitt uppdrag däri för att tillskansa sig egna personliga fördelar till egen vinning. Lojaliteten är en naturlig följd av att företrädaren ansvarar för förvaltning av främmande förmögenhetsintressen och intar en syssломannaliknande ställning, i det att han handlar för annans räkning, i förhållande till bolaget.⁵⁰ Bryter en styrelseledamot mot lojalitetsplikten kan han bli skadeståndsskyldig enligt 15 kap ABL. Den enskilde ledamoten får göra en bedömning av vad som kan tänkas leda till skada för bolaget med påföljden att en felbedömning kan leda till straff eller skadeståndsskyldighet.

I handelsbolag har inte lojalitetsplikten kommit till uttryck i lag, men det anses ändå självklart att en sådan skyldighet föreligger. Bolagsmännen får anses ha en allmän trohetsplikt gentemot varandra.”⁵¹ och en ”...skyldig[h]et att efter bästa förmåga främja bolagets intressen. [Bolagsman] får inte vid konflikt mellan egna och bolagets intressen sätta sina egna före till bolagets skada.”⁵²

Den allmänna lojalitetsplikten är inte lätt att konkretisera på ett generellt sätt annat än att ledamoten i sitt uppdrag skall sätta bolagets intressen främst, vilket kan vara både av ondo och av godo. Av godo för att det blir frågan om en materiell prövning av

⁴⁹ Dotevall, Skadestånsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 277

⁵⁰ A a s. 274 ff

⁵¹ Nial, Handelsbolagsrätt s 35

⁵² A a s 36

huruvida ledamoten har handlat med bolagets bästa för ögonen, vilket skapar förutsättningar för ett skäligt resultat. Av ondo därför att det har visat sig oerhört svårt att driva process med bevisning kring ställföreträdarens motiv vid en viss åtgärd, i synnerhet när det inte föreligger något konkret att hänga upp talan på. Detta har hörsammats av aktiebolagskommittén vid införandet av de nya reglerna för aktiebolagets organisation, där man i större utsträckning än vad som tidigare var fallet specificerat styrelsens uppgifter och åligganden i 8 kap ABL.

5.2 Lojalitetsplikten vid dubbelt ställföreträdarskap

Under 4.2.3 har konstaterats att bolag med samma personer i ledningen inte förlorar sin ställning som självständiga juridiska personer och slutsatsen av detta är att rättshandlingar dem emellan är rättshandlingar mellan skilda rättssubjekt. Frågan som är föremål för behandling under denna rubrik är hur lojalitetsplikten verkar i dessa situationer.

En styrelseledamot är skyldig att beakta bolagets bästa vid utförandet av sitt uppdrag. För det fall han innehar flera styrelseuppdrag och således representerar flera bolag är han skyldig att vara lojal mot samtliga bolag.⁵³ Att inneha flera styrelseuppdrag, och därmed vara skyldig vart och ett av dem sin odelade lojalitet, innebär inte i sig att en lojalitetskonflikt uppstår med automatik. När företrädaren verkar för ett bolag måste han dock se till det bolagets intressen och tänka på dess bästa vid handlandet däri. Risken ökar dock att det emellanåt uppstår intressekonflikter mellan bolagen med lojalitetskonflikt för företrädaren som följd, speciellt om bolagen bedriver konkurrerande verksamhet. Intressekonflikten anses inte kunna lösas genom att ett uppfyllande av förpliktelser styrelseledamoten har mot det ena bolaget kan rättfärdiga en försummelse av plikterna mot ett annat bolag då ledamoten är skyldig att vara lojal

⁵³ Dotevall, R, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 345f

mot samtliga bolag.⁵⁴ Det uppstår en situation vilken får avgöras med samtliga omständigheter till grund. I praktiken finns säkert i viss mån ett koncernintresse som får anses spela in i dessa fall, men frågan är hur det skulle stå sig rättsligt. Viktigt att inte glömma är dock att det inte enbart medför nackdelar: "...trots den uppkomna plikt-kollisionen, på inget sätt säkert att det enbart är av ondo att en styrelseledamot också är involverad i ledningen för den juridisk person som berörs av bolagets rättshandling. Det torde vara ett enkelt och billigt sätt för en aktieäggande juridisk person att, genom att utse personer inom sin egen ledningsgrupp, få fram styrelseledamöter som är kompetenta o pålitliga. Utseende av egna styrelseledamöter kan vidare vara ett sätt att förhindra otillbörlig påverkan från annat håll."⁵⁵

5.3 Styrelsejäv i svensk bolagsrätt

5.3.1 Allmänt om styrelsejäv

Bestämmelser om styrelsejäv skall skydda bolag mot rättshandlingar i strid med bolagets intresse och är ett uttryck för lojalitetsplikten.⁵⁶ Jävsregeln är i stort sett av formell karaktär, vilket innebär att ett materiellt åsidosättande av ledamotens åligganden inte behöver visas. Jävsbestämmelsen i ABL förändrades i och med översynen av reglerna för aktiebolagets organisation. Den nya regeln om styrelsejäv i 8:20 ABL gäller i sin lydelse sedan 1999.

Att en styrelseledamot är jävig får till följd att han inte får handlägga frågan i ärendet. Styrelsejäv anses föreligga i följande situationer:

1. Vid avtal mellan styrelseledamoten och bolaget.
2. Vid avtal mellan bolaget och en tredje man, om styrelseledamoten har ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets.

⁵⁴ A a s 349 ff

⁵⁵ Johansson, Persson, Styrelsejäv, JT1992/93 s. 434

⁵⁶ Skog, Aktiebolagets organisation, Balans 6-7/95 s.19

3. Vid avtal mellan bolaget och en annan juridisk person som styrelseledamoten är företrädare för.

Vidare föreligger två undantag från jävsbestämmelserna, vilka skall beröras nedan.

Nyheten, som infördes 1999, var att ställföreträdarjäv infördes i svensk aktiebolagsrätt. Tidigare förekom ingen reglering av den situation att en företrädare var behörig att företräda båda parter i en transaktion. Ställföreträdarjäv var alltså ingen självständig grund för jäv, men lojalitetsplikten verkade i samma riktning och kunde lägga hinder för handläggning av ärenden i vissa fall enligt ovan resonemang. Punkten två i jävsbestämmelsen avseende väsentligt intresse som kan strida mot bolaget var och är mer kopplat till ägarandel än en fråga om intresse via styrelseanknytning. Om styrelseledamoten har en betydande ägarandel i det andra bolaget är han förhindrad att fatta beslut med stöd av punkt 2 i jävsregeln.

5.3.2 Jäv vid transaktioner mellan bolag och ställföreträdare

Enligt punkten ett i 8:20 får en ledamot av styrelsen inte handlägga ett avtal mellan bolaget och sig själv. Här anses det föreligga risk att företrädaren ingår obalanserade och för bolaget ofördelaktiga transaktioner genom att företrädaren själv kan bestämma innehållet i avtalet och därmed sätta sina egna intressen före bolagets. Riskens anses vara tillräckligt stor för behovet av en jävsbestämmelse av formell natur i dessa fall.

Om styrelseledamoten själv äger samtliga aktier i bolaget inträder inget jäv. Den situationen är numera uttryckligen i lagtext undantagen från jävsregelns tillämpning. Införandet av undantaget i 8:20 ABL innebär endast en kodifiering av vad som redan fastslagits i rättspraxis genom NJA 1981 s 1117. I målet försökte konkursboet få en överlåtelse mellan bolaget och ägaren ogiltigförklarad med stöd av jävsregeln. HD konstaterade att "[jävsreglerna] syftar till att i dessa situationer skydda bolagets, dvs ytterst aktieägarnas, intressen. När, såsom i förevarande fall, styrelseledamoten äger samtliga aktier i bolaget föreligger ingen sådan intressemotsättning som kan grunda

jäv.” Anledningen till att jäv inte inträder i dessa situationer står således att finna i jävsregelns skyddsobjekt. Jävsregeln avser att skydda bolaget och med bolaget menas ytterst i dessa situationer samtliga aktieägares intressen. För det fall styrelseledamoten äger samtliga aktier i bolaget är han själva föremålet för skydd och det kan därmed inte bli frågan om jäv i denna situation. I NJA 1981 s 1117 rörde det sig om ett direkt ägande, men även ett indirekt ägande undantar transaktionen från jävsregelns tillämpning.

5.3.3 Ställföreträdarjäv

Sedan 1999 finns alltså en uttrycklig bestämmelse om ställföreträdarjäv för styrelseledamot i 8:20 ABL. Jäv för styrelseledamöter har diskuterats under en lång tid och övervägts att införas tidigare, men de praktiska olägenheter som skulle uppstå framförallt i koncerner vid ett sådant införande ansågs då väga tyngre än behovet av en sådan reglering. Lojalitetsplikten och skadestandsreglerna ansågs svara mot det behov som förelåg av att ledamöterna visade bolagen sin lojalitet i transaktionerna.

Numera har dock ett ställföreträdarjäv införts men med ett praktiskt mycket viktigt undantag. Transaktioner mellan två bolag som ingår i en koncern grundar inte jäv. Koncernundantaget motiveras av praktiska skäl eftersom det är i hög grad förekommande och skulle få till följd att svenska koncernbolag varit tvungna att förändra hela sin ledningsstruktur för att överhuvudtaget få beslutsföra styrelser. Däremot poängteras i propositionen att det ”...naturligtvis [är] lämpligt att en styrelseledamot avhåller sig från att delta i behandlingen av ett mellanhavande med ett annat bolag där han också är styrelseledamot om detta är möjligt med hänsyn till beslutsförhetsregler som gäller.”⁵⁷

⁵⁷ Prop. 1997/98:99 s. 218

6. Transaktioner från bolaget till dess ställföreträdare

6.1 Allmänt om transaktionstypen

Frågan som härunder är föremål för behandling är i vilken utsträckning en juridisk person genom överlåtelse eller pantsättning kan överföra egendom från sig till sin ställföreträdare med sakrättslig verkan mot bolagets borgenärer. Det förekommer ingen särreglering för det förhållande att ett bolag vidtager transaktioner med sin företrädare. Jävsregeln i 8:20 ABL medför dock att ställföreträdaren inte får delta i handläggningen av avtal mellan aktiebolaget och honom själv, för det fall det inte är frågan om enmansbolag.

Det är relativt vanligt förekommande att företrädare rättshandlar med sitt bolag men frågan om borgenärsskydd aktualiseras inte förrän bolaget hamnar på obestånd och då inträder genast en viss misstänksamhet eftersom det rör sig om en närståendetransaktion. När ett företag hamnar på obestånd och står inför en eventuell förestående konkurs föreligger en risk, i synnerhet eftersom aktieägare inte har personligt ansvar för bolagets skulder, att ägaren och tillika ställföreträdaren försöker överföra bolaget tillhörig egendom till sig själv i syfte att freda densamma från att dras in i konkursen för utdelningen till bolagets borgenärer. Transaktionen kan dock ha företagits långt tidigare, då det inte på motsvarande sätt som vid återvinning föreligger någon frist avseende tidpunkt när egendom är fredad och genom tid botad.

Rättsläget avseende denna transaktionstyp har under uppsatsens gång tagit en intressant vändning genom ett avgörande av HD i år. I det nya fallet klargjordes rättsläget på området avsevärt. Målets exakta innebörd och utsträckning återstår dock att vidare utreda.

6.2 Rättspraxis på området

6.2.1 NJA 1958 s 422

Som säkerhet för ett lån pantförskrev ett aktiebolag (B) företagsinteckningar till långivaren (A). A var en av aktiebolagets ställföreträdare. Pantbreven överlämnades till företrädaren som förvarade dem i ett av honom privat förhyrt bankfack. I bankfacket förvarades inga andra bolaget tillhöriga handlingar, utan endast handlingar av privat natur. Ställföreträdarskapets eventuella hinder för sakrättsligt fullbordad pantsättning mellan bolaget och dess företrädare var i målet inte huvudfrågan. Den stora tvistefrågan i förevarande fall var istället huruvida det faktum att panten av misstag vid ett senare tillfälle kommit ur företrädarens besittning och hamnat hos pantsättande bolaget, utan panthavarens vetskap, innebär att sakrättsligt skydd inte förelåg vid konkursstillfället. Överlåtarens rådighet skall ju inte enbart avskäras utan rådigheten skall även förbli avskuren när det gäller panträtt. Implicit tog HD likväl ställning till frågan om förhållandet att pantsättarens representant var panthavaren själv. Att A var representant för B utgjorde inte hinder för sakrättsligt skyddad tradition utan HD bortsåg uppenbarligen från pantsättarens potentiella rådighet genom representanten: Pantbreven har "...kommit i [A]:s besittning, varigenom pantsättningen blivit fullbordad..." Det faktum att panten av misstag kommit ur företrädarens besittning och sålunda hamnat i bolagets besittning medförde inte heller att panträtten blev sakrättsligt verkningslös. Företrädaren visste inte förrän efter konkursutbrottet att panten hamnat i bolagets besittning.⁵⁸

6.2.2 RH 1990:116

RH 1990:116 är ett rättsfall som under många år var det mest åberopade och sålunda ledande för bedömningen av gällande rätt avseende förevarande transaktionstyp. A var här enda styrelseledamot och firmatecknare i ett aktiebolag ägt av honom själv.

⁵⁸ Om vetskap före konkursen och inte återtagit panten erhålls inget skydd.

Eftersom bolaget var i behov av likvida medel köpte A till marknadsmässigt pris ut bolagets båt. Av bolagets bokföring framgick att köpeskillingen inbetalts till bolaget. Efter överlåtelsen förflyttade A den inköpta båten och lade den vid sin privata brygga. Båten utmättes av kronofogdemyndigheten, där den låg vid A:s båtplats, för bolagets skulder. A överklagade utmätningen och hävdade bättre rätt till båten eftersom överlåtelse skett från bolaget till A innan utmätning företogs. Staten, i egenskap av utmätningssökanden, hävdade i sin tur att ingen sakrättsligt giltig tradition företagits, eftersom bolaget genom försäljningen inte avskurits rådigheten över båten. A invände att han flyttat båten från ett varv där båten tidigare var belägen och lagt den vid sin egen förhyrda båtplats och att det måste anses vara tillräckligt som rådighetsavskärande moment.

Tingsrätten, vars domskäl fastställdes av hovrätten, konstaterar att eftersom A är enda styrelseledamot och firmatecknare är det omöjligt för honom att genom att överföra besittningen till båten till sig själv åstadkomma ett rådighetsavskärande. Rådighetsavskärande är en omöjlighet eftersom A i egenskap av ställföreträdare för bolaget även innan överlåtelsen varit behörig att disponera över båten. Överlåtarens rådighet var därmed inte avskuren enligt domstolen. Domskälens ordalydelse avseende traditionskravet ger vid handen att ställföreträdarskapet i sig lägger ett absolut hinder för att kunna vidta sakrättsligt skyddad överlåtelse eller pantsättning vid denna transaktionstyp.

Intressant i sammanhanget är att man från rätten hänvisar till att det ”inte ens har påståtts”, vilket används för att peka på andra möjligheter än de som åberopats i målet att uppnå samma eller liknande resultat, att sakrättsligt skydd för A inte uppnåtts på annat sätt, t ex genom ett meddelande till tredje man. Rätten måste ha avsett denuntiation till varvet som innan förflyttningen innehaft båten för bolagets räkning. Hänvisningen av domstolen till att det inte ens påståtts att denuntiation skett är minst sagt märklig. Anledningen till att denuntiation till tredje man som innehar saken för överlåtarens räkning är ett alternativ till tradition är såvitt jag har förstått att man därigenom avskär överlåtarens rådighet i och med att tredje man instrueras att

enbart lämna ut egendomen till förvärvaren.⁵⁹ Härigenom åläggs tredje man ett skadeståndsansvar för det fall han mot instruktionen ändå lämnar ut egendomen till överlåtaren, s k utlämningsansvar. HD har i domskälen i NJA 1996 s 52 (pantbrev i depå) ansett att en direkt koppling mellan rådighetsavskärandet och tillämpningen av lag (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man föreligga.

Med anledning av ovan resonemang förefaller det märkligt att man hänvisar till denuntiationsmöjligheten i förevarande fall. Om tredje man denuntieras om överlåtelsen och åläggs att lämna ut egendomen till ställföreträdaren avskärs ju inte rådigheten eftersom ställföreträdaren både innan och efter överlåtelsen kan förfoga över egendomen (med hovrättens argumentering kring traditionen i åtanke). Vad man genom denuntiationen däremot erhåller är en yttre manifestation för att en överlåtelse verkligen har skett, d v s överlåtelsen har synliggjorts genom att en utomstående har fått vetskap om transaktionen. Vilken inverkan det har på rådigheten är dock svårt att se. Genom denuntiationsförfarandet förhindras visserligen att överlåtelsen hittas på i efterhand. En skenrättshandling kan däremot överlåtelsen likväl utgöra, i den meningen att överlåtelseavtalet inte speglar någon reell partsavsikt. Uppoffringstanken förefaller dessutom tala för att en flyttning av båten skulle vara mer omständlig och därmed förebyggande än en denuntiation till ett varv där båten redan ligger upplagd.

Publicitetsaspekten anses annars väl tillgodosedd genom traditionskravet, att egendomen flyttas innebär att andra kan se att en besittningsförändring har skett. Vid denuntiation till en utomstående tredje man är alltid den yttre manifestationen vid handen, men vid tradition är det inte alltid på detta sätt, även om det är det normala förhållandet. Förflyttningen i sig var i det aktuella målet inte tillräcklig. Domen är mycket tvetydig då den å ena sidan konstaterar att det är en omöjlighet att åstadkomma rådighetsavskärande eftersom ställföreträdaren kan förfoga över

⁵⁹ Stöd i NJA 1949 s 164 samt NJA II 1936 s 113

egendomen på samma sätt både före och efter överlåtelsen, men å andra sidan antyder att denuntiation eventuellt kunde givit ett sakrättsligt skydd genom en inblandning av en tredje man. Frågan uppstår då huruvida båtens förflyttning till företrädarens privata båtplats i kombination med att försäkring tecknats samt registrering i offentligt register skulle godtagits av domstolen. Det förefaller skäligt att om en denuntiation har den effekten att rådigheten anses avskuren så torde en besittningsförändring, bokföring, betald försäkring, ägarregistrering etc sammantaget anses kunna utgöra en överlåtelse med sakrättslig verkan

6.2.3 NJA 2000:88

Målet behandlar ett av A helägt aktiebolag (B). Företrädare för bolaget var A, Z och Q, vilka var och en hade ensam firmateckningsrätt för bolaget. Eftersom bolaget gick dåligt och var i behov av likvida medel ställde A, ägare och tillika ställföreträdare, ett lån om 1 miljon kronor mot säkerhet i företagshypotek i bolagets verksamhet. Företagshypoteksbreven överlämnades till A som förvarade dem i sitt vapenskåp hemma i den privata bostaden, således väl avskilt från bolagets handlingar och tillgångar. Bolaget försattes, trots det av A tillskjutna kapitalet, en tid därefter i konkurs.

I konkursen bevakade A sin fordran med yrkande om förmånsrätt jämlikt 5 § FRL. Yrkandet bestreds av konkursförvaltaren på grund av att bolaget aldrig avskurits rådigheten till företagshypoteksbreven eftersom A hade pantbreven i sin besittning och samtidigt var både panthavare och företrädare för pantsättaren. Tvisten rörde således frågan huruvida A fått ett sakrättsligt skyddat panträtt när han omhändertagit företagshypoteksbreven trots hans närstående till pantsättaren, alltså om ställföreträdarskapet utgjorde hinder mot laga pantsättning.

Tingsrätten ansåg traditionskravet vara uppfyllt och därmed sakrättsligt skydd föreligga. Bolagets rådighet var avskuren eftersom ställföreträdaren själv var långivare och innehade säkerheten för egen räkning. Att företrädarens besittning till

egendomen var för egen räkning synes avgörande för målets utgång. Egenintresset innebar att det inte förelåg en lojalitetskonflikt som medförde att bolaget ansågs ha kvarvarande rådighet över företagshypoteksbreven: ”Om bolaget skulle kunna förfoga över panten har detta förutsatt att [A] lämnat ut pantbrevet till bolaget. Detta ter sig dock mycket långsökt. [A] har ju uppenbarligen inte varit beredd att låna ut pengar till bolaget utan säkerhet och att han därför skulle vara beredd att lämna ifrån sig pantbrevet ter sig högst osannolikt.”

Hovrätten fastställer tingsrättens domslut och målet överklagas till HD där prövningstillstånd meddelas. Föredraganden i HD anför att HD måste fastställa hovrättens dom med motiveringen att det framstår som osannolikt att pantsättaren skulle få någon förfoganderätt genom panthavarens försorg. HD konstaterar att ställföreträdarskapet i sig inte utgör hinder för rådighetsavskärande. Det förhållande att A, företräder B medför inte utan vidare att sakrättsligt giltig pantsättning inte har kommit till stånd: ”Den omständighet att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget hindrar inte att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum. Åtminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget – och alltså inte har tagit emot panten i egenskap av företrädare för panthavaren – får bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådigheten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltigt.” Återigen hänvisas följaktligen till egenintresset och det faktum att besittningen är för egen räkning. I förevarande fall hade pantbrevet förvarats i företrädarens bostad och konkursförvaltaren hade inte visat att någon av de övriga företrädarna i B haft tillgång till egendomen, vilket kunde gjort att rådigheten inte var avskuren bolaget. Skyddad panträtt förelåg och A gavs följaktligen rätt att bevaka sin fordran enligt 5 § FRL i B:s konkurs.

Justitieråd Svensson gör vissa tillägg i slutet av rättsfallet angående såväl det aktuella problemet med sakrättsligt skydd mellan bolag och företrädare, som traditionsprincipen i stort. Att det med NJA 1996 s 52 tydligt fastslås att rådighetsavskärande är det centrala momentet framför rådighet och publicitet medför enligt honom inte att

det kan uteslutas att även de båda andra momenten besittningstagande och publicitet, kan få betydelse i vissa situationer. Avseende publicitetskravet anför Svensson att det måste anpassas till vad som är praktiskt rimligt att kräva. Min tolkning av hans uttalanden är att han talar om att det kan bli möjligt att åstadkomma fullgott skydd vid en kombination av rådighetsavskärande och publicitet i de fall inte rådighetsavskärandet är absolut: ”Har ett lån mot säkerhet i företagshypotek redovisats enligt dessa bestämmelser [Lag (1995:1554) om årsredovisning] och årsredovisningen offentliggjorts genom att på föreskrivet sätt ges in till Patent- och registreringsverket, kan man enligt min mening ta förhållandevis lätt på hanteringen av företagshypoteket och godta att tradition fullbordas även om brevet bara har flyttats mellan lådor i ett gemensamt bostads- och kontorsutrymme.”

Svensson anser det inte, avseende enmans- och fåmansaktiebolagen, vara rimligt att kräva annat än att transaktioner från bolaget framgår av årsredovisningen. Ställda säkerheter skall upptas inom linjen i balansräkningen, i enlighet med ÅRL. Justitieråd Svensson synes inta ett funktionellt förhållningssätt till det sakrättsliga kravet och se på rådigheten ur en praktisk synvinkel, där mindre vikt fästes vid traditionskravets formalistiska karaktär och mer till de ändamål som sakrätten vilar på samt vad som är praktiskt genomförbart i den aktuella situationen. Viktigt att notera är dock att uttalandet kommer från Justitieråd Svensson och inte HD som helhet.

6.3 Slutsatser och diskussion kring gällande rätt

Rättsläget avseende transaktioner från juridisk person till dess ställföreträdare har i och med HD:s avgörande i år tagit ett enligt mig positivt steg i riktningen mot ett mer nyanserat synsätt på närståendetransaktioner i bolagsförhållanden.

6.3.1 Ställföreträdarskapet som hinder i sig

Det står sedan NJA 2000 s 88 klart att ställföreträdarskapet i sig inte förhindrar ett rådighetsavskärande vid transaktioner från en juridisk person till dess företrädare. I

målet rörde det sig om en pantsättning men rättsfallet är analogvis tillämpligt även vid överlåtelse.

Slutsatsen av vad som krävdes för att erhålla borgenärsskydd i denna situation var tidigare mycket svår att dra, eftersom hovrätten i RH 1990:116 formulerar sig på ett mycket märkligt vis i sina domskäl. Hovrätten anser det omöjligt för ställföreträdaren att åstadkomma ett rådighetsavskärande genom en fysisk förflyttning av båten, eftersom ställföreträdaren både innan och efter överlåtelsen kunnat disponera över båten. Om vi stannar här skulle det innebära att ställföreträdarskapet i sig utgjorde hinder för överlåtelser och pantsättning från bolaget till ställföreträdaren.

Sedan antyder hovrätten att denuntiation till varvet skulle kunnat ge sakrättsligt skydd. Möjligen kan det vara på det sättet att hovrätten sneglat på domskälen i NJA 1972 s 246, där man också hänvisade till denuntiationsmöjligheten, men inte närmare tänkt på att förutsättningarna där var annorlunda genom att det i NJA 1972 s 249 fanns andra ställföreträdare att utlämna egendomen till. Det kan också ha varit på det viset att man ansåg att denuntiationen skulle svara mot det publicitetssyfte som finns bakom borgenärsskyddet och anse att detta var tillräckligt för en sakrättsligt verksam denuntiation skulle vara för handen. Denuntiationen gör i alla fall inte överlåtelsen mer rådighetsavskärande. Egentligen är det omöjligt att dra några slutsatser av så motsägelsefulla domskäl. Det finns inga tendenser i RH 1990:116 att göra någon skälighetsbedömning om rådigheten faktiskt är avskuren eller att det skulle vara osannolikt att företrädaren skulle handla i strid mot sitt eget intresse. Det kan vara så att hovrätten menade att företrädaren kan erhålla sakrättsligt skydd även om rådighetsavskärandet inte är absolut, om överlåtelsen tillräckligt tydligt manifesteras utåt så att fler än parterna i transaktionen iakttar vad som har skett. Vad man istället åstadkommer är en yttre manifestation på att en överlåtelse har skett. Detta torde man kunna uppnå på samma sätt utan denuntiation till tredje mannen som innehar föremålet för överlåtelsen. Frågan är dock om inte förflyttningen av båten gav samma effekt.

NJA 2000:88 har dock återställt ordningen på området och betonar att ställföreträderskapet i sig inte utgör hinder vid förevarande transaktionstyp: ”Den omständighet att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget hindrar inte att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum.” Rättsläget har således i någon mån återgått till vad som ansågs gälla enligt NJA 1958 s 422. Personligen trodde jag länge, oaktat förhoppningen låg i motsatt riktning, att HD skulle underkänna transaktioner av dylikt slag. Detta på grund av att RH 1990:110 låg senare i tiden än NJA 1958 s 422, samt harmonierade med utgången i NJA 1972 s 249.

6.3.2 Ställföreträdare, lojalitet och egenintresse

Problemet med närstående i bolagsförhållanden blir i första hand en fråga om hur man ser på rådigheten och hur man skiljer mellan besittning för egen och för annans räkning samt huruvida detta förhållande kan förändras inom ramen för en fysisk persons faktiska förfoganderätt.

Vid en överlåtelse från en juridisk person till en företrädare för bolaget kan en och samma person besitta och förvalta egendomen både före och efter överlåtelsen. Det förhållande att ställföreträdaren till vilken egendomen är överlåten kontrollerar överlåtande bolaget i kraft av sitt företräderskap innebär att han rent faktiskt i och för sig kan se till att bolaget får tillbaka egendomen. Frågan är dock om det är realistiskt att tänka i dessa termer när man bedömer traditionskravet i denna transaktionsriktning, då det strider rakt mot företrädarens intresse. Det synes orimligt om den enda anledningen till att förvärvaren inte erhåller skydd är att han själv kan se till att förhållandet upphävs. Det får ju till följd att förvärvaren ”straffas” på grundval av att han inte är tillräckligt skyddad.

I NJA 2000:88 var panthavaren företrädare för pantsättaren och pantsättande bolaget hade härmed en möjlighet att råda över panten via ställföreträdaren genom att företrädaren missbrukade sin ställning. Men eftersom ställföreträdaren företrädde sina

egna intressen fanns ingen anledning att betvivla att bolaget inte erhöll någon förfoganderätt till panten, eftersom det låg i företrädarens intresse att så inte skedde: ”Åtminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget – och alltså inte har tagit emot panten i egenskap av företrädare för panthavaren – får bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådigheten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltigt.” Den självständiga besittningen tog över den osjälvständiga besittningen.

Resonemanget om att var och en står sig själv närmast är det som återopats i doktrinen till stöd för varför skydd bör ges i dessa situationer.⁶⁰ Enighet har rått i doktrinen, vilket numera också avspeglas i rättspraxis genom NJA 2000 s 88, att detta är den av de tre i uppsatsen berörda transaktionstyperna som det borde vara enklast att uppnå skydd vid. I dessa fall kan man bortse från överlåtarens rådighet genom företrädaren eftersom överlåtare inte utan förvärvande företrädaren kan råda över egendomen och man därmed anser att förvärvaren numera har ensam tillgång till egendomen. Överlåtare kan ju aldrig mot förvärvarens vilja återkräva egendomen och det faktum att det företrädaren har en lojalitetsplikt gentemot bolaget innebär inte att företrädaren kan tvingas lämna tillbaka egendomen till bolaget. Håstad kommenterar, med avseende på utgången i RH 1990:116, att det förvisso är riktigt att man beaktar säljarens möjlighet till rådighet genom företrädaren eftersom bestående rådighet kan tyda på skentransaktioner,” [m]en är det inte fantasifullt i överkant att företrädaren skulle i strid med köpeavtalet disponera över båten till förmån för bolaget när detta stod på randen till konkurs?”⁶¹ Lindskog anser att det inte finns någon anledning för rättsordningen att misstro förvärvaren som representerar överlåtare, eftersom ”...ingen lurar väl sig själv!”⁶²

⁶⁰ Se exempelvis Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 228 och Lindskog, Sakrättsligt misstroende, JT 1991/92 s. 283

⁶¹ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 227

⁶² A a s 283

6.3.3 Rådighetsbedömningen

Eftersom ställföreträderskapet inte i sig längre lägger hinder i vägen för sakrättsligt skyddade överlåtelser från bolag till dess ställföreträdare blir frågan i vilken utsträckning dessa transaktioner godkänns sakrättsligt.

När egendomen förvaras åtskild från bolagets egendom, som i NJA 2000 s 88 där pantbrevet förvarades i företrädarens bostad, anses bolagets rådighet avskuren och sakrättsligt skyddad överlåtelse eller pantsättning föreligga. Avseende transaktioner från bolaget till dess ställföreträdare skiljer HD följaktligen på företrädarens besittning för egen och för bolagets räkning och erkänner rätten att förändra rådigheten inom ramen för en fysisk persons besittning. Företrädaren kan inneha besittning till egendomen efter överlåtelserna utan att rådigheten smittas av sig på bolaget. Intressant är att det i NJA 2000 s 88 omnämns att konkursförvaltaren inte visat att någon av de övriga företrädarna i B haft tillgång till egendomen, vilket kunde medfört att rådigheten inte ansågs avskuren bolaget. Det föreligger således inte en presumtion grundad på misstroende, utan misstroendet måste bevisas för att skydd inte skall uppkomma.

I NJA 2000 s 88 förflyttades den ifrågavarande egendomen från bolagets lokal till företrädarens privata bostad. Vid det förhållande att bolagets verksamhet bedrivs i hemmet och områdessfärerna därmed överlappar varandra är det förmodligen svårare att företa sakrättsligt skyddade transaktioner. Men, enligt Justitieråd Svensson borde bokföringen kunna användas som en förstärkande faktor vid bedömningen när det föreligger problem att åstadkomma ett rådighetsavskärande: ”Har ett lån mot säkerhet i företagshypotek redovisats enligt dessa bestämmelser [Lag (1995:1554) om årsredovisning] och årsredovisningen offentliggjorts genom att på föreskrivet sätt ges in till Patent- och registreringsverket, kan man enligt min mening ta förhållandevis lätt på hanteringen av företagshypoteket och godta att tradition fullbordas även om brevet bara har flyttats mellan lådor i ett gemensamt bostads- och kontorsutrymme.”

6.3.4 Redovisningsmodellen

En korrekt bokföring kan anses svara mot sakrättens syften att enbart ge legitima rättshandlingar sakrättsligt skydd och förhindra skenrättshandlingar och andra svikliga förfaranden. Bokföringen visar att transaktionen har ägt rum, när den har ägt rum och vad som har erlagts i köpeskillingslikvid. De krav som ÅRL uppställer på redovisningen och dess offentliggörande innebär också att bokföringen kan anses svara mot de publicitetssyften som finns bakom det sakrättsliga momentet i det att borgenärerna får vetskap om transaktionens existens.

Justitieråd Svensson anser det inte, avseende enmans- och fåmansaktiebolagen, vara rimligt att kräva annat än att transaktioner från bolaget framgår av årsredovisningen. Han synes inta ett ändamålsenligt förhållningssätt till traditionskravet och se på rådigheten ur en praktisk synvinkel, där mindre vikt fästes vid traditionskravets formalistiska karaktär och mer till de ändamål som sakrätten vilar på samt vad som är praktiskt genomförbart i den aktuella situationen.

Millqvist anser dock att samma regler i sådana fall borde vara tillämpliga avseende alla bolag och inte bara de små bolagen som Svensson talar om, eftersom "... de materiella skälen för att godta 'redovisningsmodellen' är naturligtvis lika giltiga för alla parter som är skyldiga att iaktta årsredovisningslagens krav. (...) Bokföringen och årsredovisningen är i vart fall inte mindre tillförlitlig i dessa senare fall, utan borde kunna räcka som bevis och kontrollkälla för att en pantsättning skett. Det kan naturligtvis invändas att i småbolagsfallet finns inget alternativ, såvida man inte helt enkelt vill hindra säkerställanden till ägaren, varför det är nödvändigt att godta en uppluckring av traditionskravet."⁶³ En omöjlighet att legitima överlåtelser och pantsättningar får sakrättsligt skydd bör i största möjliga utsträckning motverkas och därigenom är det särskilt viktigt för de små bolagen med införandet av en redovisningsmodell, men jag instämmer i tanken att samma principer gör sig gällande

⁶³ Millqvist, G, Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare. JT 1999/2000 s 906-907

även för större bolag och att det är rimligt att samma krav gäller även för dem.

Millqvist synes dock tveksam till ett införande av en redovisningsmodell då ”...manipuler[ing av] bokföring och redovisning är en ’konst’ som utvecklats under lång tid och det är väl troligt att det skulle tillgripas om det innebar att tillgångar den vägen kunde räddas undan ett konkursförfarande.”⁶⁴ Det är riktigt att risken för bokföringsmanipulationer måste beaktas och det vore olämpligt om reglerna skulle uppmuntra och stimulera till brottslig verksamhet. Frågan är dock om man bör utgå från att människor kommer att begå bokföringsbrott i syfte att undanhålla egendom i samband med en konkurs. Även om det förekommer stora bevissvårigheter med regleringen vid ekonomisk brottslighet är beteendet likväl straffbart och reglerna har i många fall åtminstone en preventiv effekt. Angående risken för kringgåenden föreligger med dagens reglering en lika påtaglig risk att man i syfte att undandra egendom arrangerar en skentradering.

⁶⁴ Millqvist,, Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare. JT 1999/2000 s 906-907

7. Transaktioner från ställföreträdaren till bolaget

7.1 Allmänt om transaktionstypen

Numera kan följaktligen konstateras att ställföreträdarskapet i sig inte lägger hinder i vägen för transaktioner från ett bolag till dess företrädare. Frågan är i vilken utsträckning transaktioner i motsatt riktning, det vill säga överlåtelser från ställföreträdare till den juridiska person han företräder, accepteras av rättsordningen. Det finns få rättsfall på området och inget HD-fall. Risken i dessa situationer är att ställföreträdare överlåter egendom till ett av honom ägt bolag, där hans personliga fordringsägare inte kommer åt egendomen, i syfte att undanhålla egendom från ett eventuellt utmätningsförfarande.

7.2 Praxis på området

7.2.1 RIC 50/93 STIM-fallet

RIC 50/93 är ett hovrättsfall som refereras i Riksskatteverkets informationsserie som sakrättsligt skydd mellan närstående. En fysisk person (B) överlät samtliga sina framtida utbetalningar från STIM till sitt helägda aktiebolag (A). Kronofogdemyndigheten utmätte utbetalningarna för mannens personliga skulder. Utmätningen överklagades och B yrkade att utmätningen skulle hävas på grund av att ersättningen sedan överlåtelserna var bolaget tillhörig egendom och därmed inte kunde utmätas för B:s personliga skulder. Kronofogdemyndigheten anförde att konstruktionen valts enbart i syfte att kringgå lagstiftning och att A inte erhållit sakrättsligt skydd mot B:s borgenärer.

Hovrätten konstaterar att en överlåtelse av framtida fordringar i sig är bindande och att STIM denuntierats i enlighet med 31 § SkbrL: "[Överlåtelserna] ger också skydd för förvärvaren mot överlåtarens borgenärer så snart den betalningsskyldige (STIM) underrättats. De handlingar som [A] har gett in får anses utvisa att sådan underrättelse har ägt rum." Det föreligger dock stor tveksamhet från rättens sida avseende

transaktionens lagenlighet och hovrätten anser det "...uppenbart att mannen aldrig haft för avsikt att avhända sig rätten till ersättningen." Utgångspunkt i bedömningen vidtas utifrån närståendet mellan parterna och det faktum att B ensam disponerar över tillgångarna, i kraft av ensam företrädare och aktieägare, oavsett överlåtelsen. Detta innebär att företrädaren själv har förmågan att återkalla överlåtelsen när han vill. Slutsatsen av hovrättens resonemang blir att avtalet inte speglar någon reell partsavsikt och därför inte kan anses bindande mellan parterna, uppenbara skenavtal ges inte ens obligationsrättslig verkan, och får därför inte heller någon verkan mot företrädarens borgenärer. Egendomen kunde således utmätas för B:s skulder.

7.2.2 RH 1985:6 Grävmaskinen

I RH 1985:6 var frågan om överlåtelse av en grävmaskin till ett av B, tillsammans med sambo, ägt handelsbolag (A). B drev i praktiken rörelsen ensam och tecknade bolagets firma. Regleringen av köpeskillingen skedde genom att A med hjälp av banklån löst skulden som behäftade grävmaskinen, vilken tidigare införskaffats av B på avbetalning. När B hade svårigheter att betala sina fordringsägare blev han föremål för utmätningsförfarande varvid tvist om grävmaskinens äganderätt uppstod.

Vid tiden för utmätning fanns grävmaskinen hos en reparatör. Maskinen utmättes för mannens privata skulder då B fortfarande hade besittningen till maskinen när den överlämnats till en reparatör och egendomen därmed kunde utmätas med stöd av 4:18 UB för B:s privata skulder. När kronofogdemyndigheten skall avgöra huruvida det framgår att egendomen tillhör G skall både obligationsrättsliga och sakrättsliga regler beaktas. Egendom kan alltid utmätas för överlåtarens skulder om överlåtelse har skett utan att förvärvaren har vunnit sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. Att bolaget i övrigt kan styrka att överlåtelse har skett är egalt för bedömningen om besittningsövergång ej har skett.

Handelsbolagets konkursbo väckte talan och yrkade att utmätningen skulle hävas då egendomen tillhörde handelsbolaget och fanns i tredje mans besittning. Äganderätten

till grävmaskinen hade övergått på A genom ett muntligt överlåtelseavtal och sedan överlåtelsen ingått i bolagets bokföring. All verksamhet vari grävskopan var inblandad bedrevs i handelsbolagets namn.

Hovrätten ställer sig mycket tveksam till transaktionen: ”[B] har , såvitt framkommit, efter den påstådda överlåtelsen utövat besittning av maskinen på samma sätt som dessförinnan. Vid sådant förhållande har avtalet inte medfört någon mot [B]:s borgenärer gällande rätt för handelsbolaget.” Vidare konstaterar hovrätten att egendomen därigenom får anses vara i företrädarens besittning och att det inte framgår att egendomen tillhör handelsbolaget.⁶⁵

Om ovan förutsättningar är vid handen är frågan om utmätning inte skulle skett enligt 4:17 UB, ett lagrum som skall användas dels för det fall när egendom inte finns i gäldenärens besittning och dels när egendom förvisso finns i gäldenärens besittning men tredje man hävdar att överlåtelse har skett men sakrättsligt skydd inte erhållits för densamma. Håstad ställer sig tveksam till lagrumshänvisningen: ”Om det redan slagits fast att handelsbolaget inte hade borgenärsskydd, fanns ingen anledning att gå in på UB:s presumtionsregler, avsedda att användas när rättsläget är oklart.”⁶⁶ Enligt 4:17 UB kan egendom utmätas om det framgår att egendomen tillhör gäldenären. Det framstår i alla fall som troligt att, trots att 4:18 UB åberopades, överlåtelsen underkändes sakrättsligt i målet.

7.3 Slutsatser och diskussion kring gällande rätt

Avseende transaktioner från företrädaren till det bolag han företräder är det oklart vad som kan anses vara gällande rätt. Det är svårt att dra några bestämda slutsatser utifrån

⁶⁵ Man kunde alltså utmäta egendomen enligt 4:18 UB då egendomen ansågs vara i gäldenärens (medelbara) besittning då egendomen befann sig hos en reparatör. Då presumeras egendomen tillhöra gäldenären om det inte framgår att egendomen tillhör tredje man. Det framgick inte att egendomen tillhörde bolaget och därför kunde utmätning ske.

⁶⁶ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 227

de få rättsfall som finns på området förutom det lätt iakttagbara förhållandet att transaktionerna betvivlas. Av de mål som förekommer är det svårt att utröna huruvida domstolen underkänt överlåtelseerna på obligationsrättslig grund eller sakrättsligt.

Tolkningen av vad som fällde avgörandet för underkännandet av överlåtelsen avseende STIM-ersättningen i RIC 50/93 låter sig inte enkelt göras. Ett tolkningsalternativ är att sakrättsligt skydd uppkommit genom denuntiationen. Om avtalet varit bindande mellan parterna hade egendomen varit skyddad. Detta skulle innebära att denuntiationen i sig var verksam trots närståendeinslaget och ställföreträdarskapet med överlåtarens kvarvarande rådighet, men eftersom avtalet utgjorde ett skenavtal underkändes avtalet parterna emellan och fick därmed heller ingen verkan gentemot tredje man. Om så är fallet illustrerar det sakrättens ibland underliga konsekvenser. Det sakrättsliga momentet är ett objektivt och tvingande formkrav och det spelar ingen roll att man kan bevisa att det ej är frågan om skenavtal för att undandra egendom – det kan snarast verka i legitimerande riktning för transaktionens äkthet. Avtalet kan likväl underkännas på obligationsrättslig grund för det fall det rör sig om en skentransaktion. Samma syfte som sakrätten avser att förhindra kan alltså tillgodoses redan på avtalsrättslig grund.

Stöd för ovan nämnda alternativ är att hovrätten först gått in för att pröva den sakrättsliga denuntiationen och sedan underkänt avtalet som verkningslöst mellan parterna. Frågan är varför de skulle gått in på en avtalsrättslig tolkning efter denuntiationsbedömningen för det fall man ansåg att denuntiationen ej gav skydd på grund av att inget rådighetsavskärande förelåg. Det framstår som ett onödigt moment i utredningen då egendomen utan sakrättsligt skydd kunde utmätas.

Det andra alternativet är att hovrätten strävade efter att betona att uppenbara skenavtal inte ens ger obligationsrättslig verkan och att transaktionen varken skyddades av sakrätt eller avtalsrätt. Visserligen hade STIM, som utomstående part i relationen förvärvare och överlåtare, meddelats och överlåtelsen därmed manifesterats utåt vilket förebygger att efterhandskonstruktion företagits, men

eftersom företrädaren både innan och efter överlåtelsen kunnat förfoga över inkomsten är det inte tillräckligt som rådighetsavskärande moment. I och med att hovrätten betonar att överlåtaren både innan och efter överlåtelsen kan förfoga över egendomen kan det vara så att rådigheten inte ansågs avskuren oaktat den formella denuntiationen till STIM, på samma sätt som besittningsförändring i vissa fall inte anses uppfylla kraven på rådighetsavskärande.

I RH 1985:6 (Grävmaskinen) ansågs det faktum att företrädaren utövat besittningen till grävmaskinen på samma sätt både före och efter överlåtelsen till bolaget innebära att sakrättsligt skyddad tradition inte ägt rum, varvid egendomen kunde utmätas för företrädarens skulder. Det framgår dock inte huruvida företrädarskapet i sig skulle omöjliggöra en sakrättsligt skyddad tradition.

Det skäl som i doktrinen åberopas som skäl till varför sakrättsligt skydd inte kan uppnås i förevarande situation är att då den fysiska personen i egenskap av aktieägare och företrädare styr bolaget därigenom kan beordra att egendomen återställs och disponera över den för egen räkning.⁶⁷ Johansson menar följaktligen att ett rådighetsavskärande inte är möjligt så länge företrädaren har kvar i sin ställning i det förvärvande bolaget. En brist i hans argumentation förefaller dock vara att han anser transaktioner vid överlåtelse mellan två bolag med identisk företrädare vara möjliga på grund av lojalitetsplikten och skadeståndsskyldigheten mot förvärvande bolag. Motsvarande skadeståndsskyldighet finns även beträffande denna situation. Här ligger dock hans egenintresse i motsatt riktning.

Det kan således konstateras att det när det gäller transaktioner från ställföreträdaren till bolaget föreligger starkare skäl att underkänna ett rådighetsavskärande än när det gäller transaktioner i motstående riktning. I NJA 2000 s 88 betonas i domskälen (se 6.2.3) att det vore osannolikt att företrädaren skulle förfoga över egendomen för

⁶⁷ Se t ex Johansson, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken, SvJT 1997 s 343-377

bolagets räkning i strid mot sitt eget intresse. ”Om bolaget skulle kunna förfoga över panten har detta förutsatt att [A] lämnat ut pantbrevet till bolaget. Detta ter sig dock mycket långsökt. [A] har ju uppenbarligen inte varit beredd att låna ut pengar till bolaget utan säkerhet och att han därför skulle vara beredd att lämna ifrån sig pantbrevet ter sig högst osannolikt.” Ur den synvinkeln skulle det således finnas större anledning att misstro transaktioner i denna riktning. Å andra sidan skall logiskt sett samma regler gälla i båda riktningarna.

8. Tillskjutande av apportegendom vid bolaget bildande

8.1 Allmänt om transaktionstypen

Ett specialfall av rättshandlingar från företrädaren till bolaget är tillskjutande av apport vid bolagets bildande. När ett aktiebolag bildas kan aktiekapitalet istället för att inbetalas genom kontanter tillföras bolaget i form av apportegendom, 2:2 ABL.⁶⁸ Det är viktigt att aktiebolaget tillförs aktiekapitalet innan registrering äger rum och när det gäller apportegendom måste lagstiftaren skapa garantier för att egendomen verkligen tillskjuts bolaget. Enligt 2:9 ABL skall revisor intyga att egendomen är tillförd bolaget innan registrering kan ske. För att lös egendom skall anses vara tillförd bolaget krävs att egendomen kommit i bolagets besittning och därmed är sakrättsligt skyddad mot stiftarnas borgenärer.⁶⁹ Revisorn kan i svårbedömda fall avseende tillföranderekvisitet behöva anlita juridisk expertis för att kunna avgöra huruvida besittningen har övergått till bolaget med skydd mot stiftarens borgenärer.⁷⁰

Både Håstad och Folkesson har antytt att det kan föreligga problem vid apportbildning i enmansbolag, kanske närmast som en absurditet till vad alltför hårt uppställda krav faktiskt kan resultera i.⁷¹ Nu är dock situationen delvis förändrad i och med NJA 2000 s 88. Tidigare var det rimligt att anta att om skydd inte gavs vid överlåtelser från bolaget till företrädaren borde logiskt sett inte heller ges skydd i dessa situationer. Numera återstår frågan om egenintresset var det som vägde över i föregående situation och huruvida skydd ges i denna riktning. Folkesson betonar att det från sakrättsligt perspektiv inte borde spela någon roll i vilken riktning en transaktion företas.⁷²

⁶⁸ Apportegendom är annan egendom än pengar, t ex fast egendom eller ett varulager som aktieägare använder som likvid för av honom tecknade aktier. Egendomen måste vara till nytta för bolaget för att accepteras som apportegendom.

⁶⁹ Prop. 1975:103 s 309 samt FAR:s samlingsvolym 1997 s. 866.

⁷⁰ Kedner, Roos, Aktiebolagslagen med kommentarer Del I med kommentarer s. 61.

⁷¹ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 227.och Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 61

⁷² Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 62

För det fall skydd inte erhålls vid överlåtelser från företrädaren till sitt helägda bolag är nästa fråga huruvida apportbildningen behandlas på samma sätt eller om de särskilda restriktioner som kringgärdar förfarandet påverkar bedömningen i förmildrande riktning.

8.2 Anledning till särsyn när det gäller apportbildningen

Utgångsvis är det rimligt att antaga att ledning kan hämtas från RIC 50/93 och RH 1985:6 och att lika hårda regler gäller avseende apportbildningen. Det föreligger dock, vilket ovan kommenterats, oklarhet i vilka slutsatser som kan dras av nämnda rättsfall. Osäkerheten kring vilken verkan NJA 2000 s 88 har i denna riktning tillkommer också som ytterligare en faktor att ta i beaktande.

Oaktat det förhållande att situationen logiskt sett bör behandlas på samma sätt som andra transaktioner ifrån företrädaren till bolaget måste det beaktas att bolagsbildning och tillskjutande av apportegendom är kringgärdade av formalistiska förfaranden och krav som måhända medför att situationen kan bedömas annorlunda. Aktiebolagslagen uppställer krav på att egendomen skall vara till nytta för bolaget. Nyttokriteriet skall intygas uppfyllt av en revisor, tillsammans med det förhållande att egendomen inte åsatts ett för högt värde samt att egendomen tillförts bolaget. Revisors intygande insänds till Patent- och registreringsverket (PRV) och registrering sker. Bo Jonsson på tillsynsmyndigheten i Göteborg påpekade dock att det inte företas en tillräcklig materiell prövning genom detta förfarande och ansåg det inte i sig tillräckligt med revisors intygande att egendomen var tillförd bolaget. För att ta reda på hur revisorer ser på problemställningen ringde jag ett antal revisionsbyråer. Revisorerna talade om en mängd problem i samband med apportbildningen, men att en apportbildning inte skulle erhålla sakrättsligt skydd på den grunden att egendomen tillfördes bolaget av en ensam ställföreträdare vilken även efter tillförandet förfogade över egendomen var inget som beaktades. Situationen behandlas på samma sätt som andra apportbildningar, d v s genomförd registerkontroll, kontroll av fast adress och liknande åtgärder.

Problemet är överhuvudtaget inte berört i förarbetena och har mig veterligen aldrig prövats i rättspraxis. Det är förmodligen ytterst tveksamt om HD skulle underkänna en apportbildning sakrättsligt på grund av ställföreträdarskapet, om frågan mot all förmodan skulle bli föremål för rättens behandling. Frågan är i första hand intressant ur en rättsteoretisk synvinkel och som stöd för att rättspraxis måhända uppställt alltför hårda krav på transaktionerna. Problemet blir hur rätten skulle motivera att bedömningen gjordes annorlunda i detta fall då den logiska följderna blir att samma regler bör gälla. Domstolen skulle dock med all sannolikhet inte underkänna en apportbildning delvis på grund av de särskilda föreskrifter som finns i samband med bolagets bildande och det obligatoriska revisorintygandet.

9. Rättshandlande mellan juridiska personer med gemensamma ställföreträdare

9.1 Allmänt om transaktionstypen

Det är vanligt förekommande att bolag inom samma koncern har identiska styrelser vilket medför att samma fysiska person kan företräda båda avtalsslutande juridiska personerna i en rättshandling dem emellan. Frågan som skall bli föremål för behandling under kapitel nio är vilken sakrättslig effekt det dubbla ställföreträdarskapet medför vid överlåtelse och pantsättning mellan bolag med gemensamma företrädare. Att koncernbolag rättshandlar med varandra är ingen ovanlig förekomst och det är märkligt att frågan inte aktualiserats mer i doktrinen med tanke på hur vanliga transaktionerna är och de krav som uppställts i rättspraxis.

9.2 Rättspraxis på området

9.2.1 1972 s 246 Huvudfallet avseende transaktionstypen

NJA 1972 s 246 är det första rättsfall som tog upp problemet med att åstadkomma rådgivningsavskärande avseende rättshandlingar mellan juridiska personer med gemensam fysisk person som företrädare. Det är likaså det enda HD avgörande som finns på området, men det har följts av ett flertal mål i underrätterna.

Bakgrunden till tvisten i målet var följande. Ett aktiebolag (B) pantförskrev tomträttsinteckningar till en stiftelse (A) som säkerhet för en skuld bolaget hade till stiftelsen. Inteckningshandlingarna överlämnades till en fysisk person (X) som företrädde såväl A som B. Varken i aktiebolaget eller styrelsen var X ensam ställföreträdare, utan det fanns fler personer som företrädde respektive juridisk person. Sedan X omhändertagit handlingarna förvarades de i ett av honom disponerat kassaskåp där han hade egen personlig samt stiftelsen tillhörig egendom. I kassaskåpet förvarades således ingen egendom tillhörig aktiebolaget B. När B gick i

konkurs uppstod frågan huruvida sakrättsligt skyddad pantsättning ägt rum när panten fanns i X:s besittning och han var företrädare för båda parter i transaktionen.

Eftersom inteckningshandlingarna efter pantförskrivningen omhändertagits av en person vilken samtidigt företrädde både pantsättaren (B) och panthavaren (A) ansågs B inte ha avskurits rådigheten över inteckningshandlingarna. Då innehavaren var företrädare för båda parter i transaktionen kunde således inte sakrättsligt skydd erhållas "...oavsett om [X] haft för avsikt att hålla dem stiftelsen ensam tillhanda och oavsett om de av honom förvarats avskilda." Tingsrättens domskäl fastställdes av såväl hovrätt som HD. En ställföreträdare anses följaktligen inte kunna byta roll från pantsättare till panthavare, eller snarare byta roll från företrädare för pantsättaren till företrädare för panthavaren. Rådigheten är densamma som innan pantsättningen och någon besittningsförändring anses inte kunna åstadkommas. Rättsfallet behandlade pantsättning, men borde vara analogt tillämpligt även på överlåtelse.

En ledamot i hovrätten var skiljaktig och ansåg att ett rådighetsavskärande uppkommit oaktat den omständighet att X företrädde båda avtalsslutande parter i transaktionen och vid konkurstillfället var i besittning av egendomen. Genom konstruktionen erhöll A rådighet till inteckningshandlingarna medan B saknade möjlighet därtill. Rådigheten måste, enligt dissidenten, anses avskuren då företrädaren förvarade de pantförskrivna inteckningarna i ett kassaskåp, avskilt från bolagets egendom, vilket inte var beläget i B:s lokaler. Till skillnad från majoriteten hyser dissidenten inga tvivel om att ställföreträdaren omhändertagit inteckningarna som företrädare för stiftelsen: "[A] måste därför anses hava fått inteckningarna i sin besittning på sådant sätt att [A] kunnat råda över dem utan att vara beroende av åtgärd från [B]:s sida. I målet har inte framkommit någon omständighet som ger stöd för antagande att [B] skulle kunnat förfoga över inteckningarna på den grund att [X] varit behörig att företräda även [B]."

9.2.2 RIC 12/92 Östersundsfallet

RIC 12/92 (Östersundsfall) är ett intressant mål i den meningen att det rör sig om en relativt vanlig situation, överlåtelse av inkråmet från ett bolag på obestånd till ett nytt bolag med liknande ägarförhållanden. I det avseendet är det ett typfall. Situationen återkommer även i Göteborgs Tingsrätt Ä 1819-95 (Pub Metro), se nedan 9.2.3, där det handlar om identiska ägarförhållanden. Företrädaren vill bli av med skulderna i det gamla bolaget och fortsätta bedriva rörelsen i ett nytt bolag.

Ett handelsbolag (B) som drivit en sportaffär i Östersund överlät en kort tid innan bolaget försattes i konkurs rörelsen samt hyresrätten till lokalerna vari verksamheten bedrevs. B ägdes av en fysisk person (X) och ett av honom helägt aktiebolag. Förvärvare av inkråmet var ett aktiebolag (A) som ägdes av X:s hustru och företrädades av hustrun och hennes moder. X var ensam företrädare för B. Viktigt att notera i målet är förhållandet att bolagen inte står i något direkt närståendeförhållande till varandra. Bolagen varken företräds eller ägs av samma personer. Kopplingen mellan bolagen består istället av att bolagens ställföreträdare och ägare är närstående till varandra. Det rör sig i själva verket alltså inte om identiska ställföreträdare utan närstående ställföreträdare.

Avseende rörelseöverlåtelsen krävs för att uppnå sakrättsligt skydd en tradering av egendomen och för hyresrätten en denuntiation till hyresvärden. Tingsrätten fokuserar sig på att bolagen ägs och företräds av närstående personer och att båda makarna arbetat i rörelsen såväl före som efter överlåtelsen. Vikt fästes också vid det förhållande att B var på obestånd vid överlåtelsepunkten och att avsikten med transaktionen var att fortsätta driva verksamheten på samma sätt som tidigare. Då dessa omständigheter föreligger måste särskilda krav uppställas för att besittningsöverföring skall manifesteras utåt med tillräcklig tydlighet. Det krävs att överlåtaren varken inåt eller utåt har kvar samma ställning som före överlåtelsen. Hyresrätten hade inte överförts på A förrän efter konkursinträdet. Ingen ändring av varken rörelsen eller anställningsförhållanden ägde rum i samband med överlåtelsen. Arbetstagarna hade övergått formlöst och X bedrev i praktiken verksamheten även

efter överlåtelsen. Det ansågs inte tillräckligt tydligt visat , ur publicitetssynpunkt betraktat, att en besittningsövergång skett genom ett meddelande till leverantörerna och en tidningsartikel. Att A efter förvärvet beställt varor och inbetalt hyran i eget namn samt tecknat en ny försäkring ansågs inte medföra att besittningen övergått. Inte anses bokföringen kunna tillmätas en självständig betydelse i bedömningen. Tingsrättens slutsats är att B inte avskurits rådigheten över egendomen och sakrättsligt skydd inte förelåg för A.

Hovrätten fastställer tingsrättens dom men förtydligar att avgörande för målets utgång var att denuntiation till hyresvärden skett först efter konkursutbrottet. Förvärvare av hyresrätt får sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer i och med att hyresvärden underrättas.⁷³ Det krävs inte att hyresvärden godkänner överlåtelsen för att sakrättsligt skydd skall erhållas.

9.2.3 Göteborgs Tingsrätt Ä 1819-95 (Pub Metro)

I detta kvarstadsmål var gäldenären ett aktiebolag (B) i vilket restaurangverksamhet bedrevs. Bolaget ägdes och företrädades av tre fysiska personer. Strax före B försattes i konkurs överlät ägarna samtliga sina aktier i bolaget till en fysisk person (målvalt). Dagen efter överlät det numera målvaktsägda bolaget inkråmet till ett nytt aktiebolag (A), vilket ägdes och företrädades av de fysiska personer som tidigare ägde och företrädde B. Avsikten var att bli av med skulderna och fortsätta driva restaurangen som förut.

Kronofogdemyndigheten i Göteborg underkände överlåtelsen sakrättsligt då de ansåg det föreligga en mängd omständigheter som visade på att en besittningsförändring inte skett. Restaurangen bedrevs fortfarande av samma fysiska personer som tidigare företrätt B och numera företrädde A. Hyresrätten till lokalen var verksamheten

bedrevs låg kvar på B (hyresvärden hade inte denuntierats) och rörelsen bedrevs med det gamla utskänkningstillståndet eftersom A ännu inte erhållit tillstånd. Ytterligare förhållanden var att det inte förelåg skriftligt överlåtelseavtal, vilket ju är sedvanligt vid en så omfattande överlåtelse som det var frågan om här, bolagets anställda hade övergått formlöst och utan kännedom om ägarbytet samt att varken låset till verksamhetslokalen eller skyltarna till restaurangen var utbytta. I målet fokuseras på att B var på obestånd vid tiden för överlåtelse och att restaurangen ämnades fortsätta bedrivas som förut. När det gäller närstående som på detta sätt vill driva vidare rörelse anses särskilt hårda krav uppställas för att en besittningsförändring skall ha ägt rum och att säljaren varken internt eller externt har kvar samma ställning som innan överlåtelsen.

Kronofogdemyndigheten underkände inte bara själva överlåtelsen utan hävdade även att eftersom A inte hade erhållit sakrättsligt skydd för rörelsen, även avkastningen till vad A intjänat i rörelsen efter överlåtelsen saknade sakrättsligt skydd och sålunda borde tillgodoräknas konkursboet.

Tingsrätten konstaterar att ingen sakrättsligt skyddad överlåtelse har skett och därmed tillkommer även avkastningen det överlåtande bolaget, eftersom den bör bedömas på samma sätt som överlåtelsen. Kronofogdemyndigheten kunde därmed kvarstadsbelägga de dagskassor som av A intjänats efter överlåtelsen och avkastningen tillgodoräknas det gamla bolaget..⁷⁴ Målet överklagades men hovrätten beviljade inte prövningstillstånd.⁷⁵

⁷³ NJA 1988 s 257. Fråga uppstod om det räckte med denuntiation till hyresvärden eller om dennes godkännande också krävdes. Denuntiationen ansågs tillräcklig för sakrättsligt skydd trots det faktum att hyresrätt inte får överlätas utan värdens samtycke enligt JB 12:32.

⁷⁴ Ingen domsmotivering utan enbart en hänvisning till kronofogdemyndighetens protokoll över händelseförloppet.

⁷⁵ Beslut 1996-02-13

9.2.4 Falu Tingsrätt Ä 860-97

Kronofogdemyndigheten i Göteborg drev, som representant för staten, ett mål i Falu Tingsrätt om sakrättsligt skyddad pantsättning av en fastighet. Tvisten rörde en fastighet ägd av ett aktiebolag (B). Fastigheten försåldes på exekutiv auktion. Vid bevakningssammanträdet framställdes anmärkning mot en bevakning framställd av ett aktiebolag (A). Staten hävdade att någon sakrättsligt skyddad pantsättning inte kommit till stånd av den orsaken att en fysisk person (X) vid tiden för bevakningssammanträdet företrädde både B och A. Som stöd för sin talan åberopas NJA 1972 s 246 av staten, som inte anser att någon skyddad pantsättning har kommit till stånd eftersom B genom X inblandning inte har frånhänts rådigheten över egendomen.

Viktigt att notera i detta mål är att X faktiskt inte företrädde bolag A vid tiden för pantsättningen, utan tillträdde i dess styrelse strax innan bevakningssammanträdet. När staten hävdar att inget rådighetsavskärande på grund av företräderskapet har ägt rum invänder också A att vid tiden för pantsättningen stod A och B inte i någon relation till varandra och därför har föreligger ett rådighetsavskärande. A poängterar även att X visserligen sitter i styrelsen, men att X roll i bolaget inskränker sig till just styrelsearbete. X saknar därmed faktisk förfogandemöjlighet eftersom han inte arbetar direkt i rörelsen och därigenom inte har någon tillgång till kundernas säkerheter. Invändningen från A bemöts av staten med att vid tiden för bevakningen föreligger ingen skyddad pantsättning eftersom X vid det tillfället, som utgör den relevanta tiden för bedömning, inte var avskuren rådigheten. Vid pantsättning skall ju, som ovan nämnts, pantsättarens rådighet inte bara avskäras utan också förbli avskuren.

Tingsrätten underkänner panträtten då något rådighetsavskärande inte är vid handen: "...[B] har – såsom staten anfört – genom [X] ställning i båda bolagen vid tiden för bevakningssammanträdet inte varit avskuren från rådigheten över pantbreven.". B ansågs således genom X inträde i A:s styrelse återtagit rådigheten över inteckningarna.

Avseende bevisbördan kan noteras att man från tingsrättens sida uttryckligen anför att det ankommer på A att styrka att X rådighet varit avskuren.” [Det] ankomm[er] på [A] såsom bevakare av fordringarna att styrka att [B] varit avskuren från rådigheten över pantbreven.” Tingsrätten anser inte att A visat att X varit undandragen rådigheten över pantbreven, genom rutiner inom bolaget eller genom att de innehades av en annan person.

9.3. Slutsatser och diskussion kring gällande rätt

9.3.1 Ställföreträdarskapet som hinder i sig

9.3.1.1 Omöjlighet att uppnå sakrättsligt skydd

Av rättspraxis på området ges intryck av att det skulle vara en omöjlighet att åstadkomma sakrättsligt skydd vid överlåtelse och pantsättning mellan juridiska personer med identiska företrädare, genom att företrädarskapet i sig lägger hinder i vägen. Ställföreträdarens besittning synes förhindra ett rådighetsavskärande för B och företrädaren anses inte kunna byta roll från pantsättare till panthavare, eller rättare sagt från företrädare för pantsättaren till företrädare för panthavaren. Rådigheten kan således inte förändras inom ramen för företrädarens besittning oavsett vilka förändringar som vidtages med egendomen: ”...oavsett om [X] haft för avsikt att hålla dem [A] ensam tillhanda och oavsett om de av honom förvarats avskilda.”

Göransson anser att ”[u]tgången förefaller helt väntad. Varken för borgenärsskyddad överlåtelse eller pantsättning går det enligt svensk rätt att enbart lita till en och samma ställföreträdarens viljeinriktning. Om han av någon anledning önskat gynna pantsättaren, hade det stått honom fritt att disponera över egendomen.”⁷⁶ Jag delar inte Göranssons ståndpunkt och anser det felaktigt att gå in på ställföreträdarens eventuella viljeinriktning och önskningar. Vid en sedvanlig överlåtelse mellan icke-närstående parter kan även här förvärvaren välja att gynna överlåtaren, men här fästes

⁷⁶ Göransson, Traditionsprincipen sid. 567

ingen vikt vid viljeinriktning, om inte omständigheter i det enskilda fallet talar för att överlåtaren skulle ha kvarvarande förfoganderätt.

Personligen anser jag att den faktiska såväl som rättsliga rådigheten är avskuren det överlåtande bolaget i mål där bolagen har gemensam företrädare vilken innehar egendomen avskild från överlåtarens egendom. Överlåtande bolag har i vid detta förhållande ingen möjlighet att förfoga över egendomen annat än genom ställföreträdaren. Men ställföreträdaren företräder även förvärvande bolag och är gentemot förvärvaren skyldig att inneha egendomen för dess räkning. X är alltså skyldig att respektera A:s rätt och får inte förfoga över egendomen för B:s räkning. Någon motsvarande skyldighet finns inte, oaktat företrädarens lojalitetsplikt, gentemot B avseende egendomen. Därmed anser jag den faktiska rådigheten avskuren. Rådighetsavskärandet kan aldrig bli absolut i den meningen att företrädaren hypotetiskt sett kan förfoga över egendomen för B:s räkning. Man bör enligt mig bortse från överlåtande bolagets hypotetiska möjlighet till förfogande genom ställföreträdaren eftersom bolaget inte självständigt utan ställföreträdaren kan råda över egendomen. Att bortse från möjligheten till förfogande genom ställföreträdaren när det inte finns omständigheter som talar för att sådan är vid handen synes vara något som dissidenten i NJA 1972 s 246 anser rimligt: ”I målet har inte framkommit någon omständighet som ger stöd för antagande att [B] skulle kunnat förfoga över inteckningarna på den grund att [X] varit behörig att företräda även [B].”

Huvudfallet på området, NJA 1972 s 246, talar dock för att företrädarskapet skulle utgöra absolut hinder för sakrättsligt skyddade transaktioner mellan bolag med identiska företrädare. Även Falu Tingsrätt Å 860-97 tyder på att rätten enbart fäst vikt vid företrädarskapet när de talar om att X:s rådighet skall vara avskuren istället för B:s. Här likställs X och B:s rådighet och X kan inte ha rådighet utan att den smittar av sig på B. I målet rörde det sig om en företrädare som representerade båda bolagen och inte en helt identisk styrelse. Tingsrätten inför här en möjlighet till motbevisning, men förhållandet som skall motbevisas är X:s rådighet, vilket innebär att det inte

skulle finnas möjlighet att bryta presumtionen i mål med identiska styrelser. För det fall det finns flera ledamöter, varav en är representant för båda parter, skall alltså förvärvaren enligt tingsrätten bevisa att företrädaren förlorat rådigheten över egendomen för att skydd skall föreligga. Detta tyder starkt på att tingsrätten tolkat NJA 1972 s 246 i termer av absolut förbud för sakrättsligt skydd vid överlåtelse mellan bolag med identiska styrelser.

Huruvida ställföreträdarskapet kan anses utgöra absolut hinder för uppnående av sakrättsligt skydd har varit förvånansvärt lite diskuterat i doktrinen, med tanke på de konsekvenser slutsatsen kan föra med sig. Håstad menar att man bör ta domskälen i NJA 1972 s 246 med ”en nypa salt.”⁷⁷ Han tycks vara av den uppfattningen att problemet i rättsfallet egentligen inte avsåg rådigheten i sig utan att överlåtelsen inte manifesterades utåt, varför risken för efterhandskonstruktion typiskt sett var stor.⁷⁸ Marcus Johansson är inne på samma linje och poängterar att manifestationen ofta blir kritisk i representationsfall på grund av närheten mellan parterna. Om båda parter företräds av en och samma fysiska person ”...måste förvaringen av panten ofta vara extra tydlig för att utmärka att pantförskrivning skett.”⁷⁹ Johansson menar att det i NJA 1972 s 246 inte egentligen var en fråga om rådighet utan om yttre manifestation, men att domskälen formulerades mindre väl. Även Göransson har tolkat rättsläget som att det ”...inte föreligger några svårigheter, om de sammanknutna bolagen inte håller till i en enda lokal. Transport till och inlemmande i förvärvarens verksamhet torde vara fullt tillräcklig besittningsövergång som inte påverkas av att det ’i toppen’ sitter personer som företräder båda parter.”⁸⁰

Andra synes mer tveksamma till huruvida ställföreträdarskapet verkligen inte lägger hinder i vägen för sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer i dessa fall,

⁷⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 293

⁷⁸ A a s 293

⁷⁹ Johansson, Marcus, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken, SvJT 1997s. 361

⁸⁰ Göransson, Traditionsprincipen s. 567

även om de inte förefaller finna gällande rätt utgöra en lämplig lösning. ”Slutsatsen synes bli den, att ställföreträdare för juridiska personer skall i sakrättsligt hänseende misstros för såvida de inte företräder sina egna intressen (dvs att de själva är A). Att de företräder A är ej tillräckligt.”⁸¹ Ordalydelsen i NJA 1972 s 246 ger stöd för denna ståndpunkt. Lindskog är mycket kritisk till utgången och Folkesson frågar sig om man inte uppställt alltför höga och formella krav.⁸²

I Östersundsfallet verkar hovrätten inte ansett. det utgöra en omöjlighet att uppnå sakrättsligt skydd. Här måste dock poängteras att målet rör närstående och inte identiska företrädare. (även om mannen i realiteten drev båda bolagen). Det verkar som att rätten i tveksamma fall tillskriver den yttre manifestationen en avgörande roll, se mer nedan under 9.3.3

Frågan om NJA 2000 s 88 har någon inverkan på rättsläget när det gäller transaktioner mellan bolag med identiska företrädare är svår att avgöra. Klart är att HD avsåg markera att godkännandet av pantsättningen från den juridiska personen till företrädaren i målet inte innebar att transaktioner mellan juridiska personer med gemensam företrädare därmed accepterades. HD visar med all önskvärd tydlighet att de genom domen inte tagit ställning till denna transaktionstyp: ”Åtminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget – *och alltså inte har tagit emot panten i egenskap av företrädare för panthavaren* – får bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådigheten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltigt” Frågan kvarstår dock om uttalandet skall betraktas som ett bekräftande av tidigare praxis, NJA 1972 s 246, på området eller endast utgör en förankring i tidigare praxis som måhända skulle kunna ändras om frågan åter blev föremål för prövning i HD, vilket möjligen kan intolkas i användandet av ordet ”åtminstone” i citatet ovan.

⁸¹ Lindskog, Sakrättsligt misstroende JT 1991/92 s. 283. Jfr dock RH 1990:116

⁸² Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 190 och Lindskog Sakrättsligt misstroende JT 1991/92 s. 283

9.3.1.2 Identiska eller delvis gemensamma styrelser

Huruvida styrelsesammansättningen i de båda bolagen är identisk eller delvis gemensam kan få betydelse för möjligheten att åstadkomma skydd mot överlåtarens borgenärer, såsom praxis har utformat sig. För det fall bolagen inte har identiska styrelser utan endast en eller ett fåtal gemensamma representanter blir misstroendet genom identifikation mindre och möjligheten att förlägga besittningen till en person som inte representerar båda bolagen finns. De gemensamma representanterna måste sakna förfoganderätt över egendomen och detta skall också enligt tingsrätten i Falu Tingsrätt Ä 860-97 bevisas.

I NJA 1972 s 246 hänvisas i domskälen till att det inte ens har påståtts att denuntiation till tredje man skulle gett sakrättsligt skydd. En bank hade vid ett tillfälle förvarat inteckningshandlingarna. För det fall banken denuntierats om pantsättningen hade denna åtgärd troligen varit tillräcklig. Marcus Johansson hävdar att denuntiationen inte förändrar rådigheten utan enbart graden av manifestation.⁸³ Så var fallet i RH 1990:116 men förhållandena var något annorlunda i NJA 1972 s 246 eftersom det här fanns fler företrädare för A, vilket kan få till följd att en denuntiation till tredje man om pantsättning har skett i kombination med en instruktion om att enbart lämna ut egendomen till annan behörig ställföreträdare för A skulle medföra att rådigheten för B var avskuren. Genom inblandning av en tredje man skulle således en sakrättsligt skyddad pantsättning förmodligen kunna genomföras när det inte är frågan om identiska styrelser. Är styrelsesammansättningen identisk finns inte denna möjlighet då denuntiationen inte medför någon rådighetsavsärande effekt. Denuntiationsmöjligheten löser heller inte fallet då överlåtelse sker av egendom som inte kan flyttas till tredje man och bör resultatet bör inte bli annorlunda beroende på egendomens beskaffenhet.

⁸³ Johansson, Marcus, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken, SvJT 1997s.361

9.3.2 Dispositionsfrihet, misstroende och lojalitet

I NJA 1972 s 246 ansågs sakrättsligt skydd inte uppkomma eftersom ställföreträdaren företrädde båda parter i transaktionen. En trading av pantbrevet till X var inte tillräcklig för att åstadkomma ett rådhetsavskärande för B, eftersom X rådhets tillskrevs B. X omhändertagande av inteckningshandlingarna medförde dock en förpliktelse mot A att följa dennes instruktioner och när man är ålagd att inneha något för annans räkning blir man skadeståndsskyldig för det fallet man missbrukar sin ställning och lämnar ut egendomen till B.

Lindskog ställer sig mycket kritisk till utgången i målet och det förhållande att företrädarens rådhets tillskrivs pantsättaren: ”Nu hade dock inte B något rådhetsken; det hade ställföreträdaren X. Man har således misstrott X. Risken att han skulle missbruka sin besittning till Bs fördel har ansetts så överhängande, att As panträtt ej kunnat erhålla något borgenärsskydd. Därvid är att märka att det förhållande att X var ställföreträdare även för A inte verkade neutraliserande på rättsordningens misstro mot honom.”⁸⁴ Lindskog anser att det är underligt att man inte fäster vikt vid att företrädaren faktiskt företräder även förvärvaren. Den misstro som föranleds av hans företrädarskap och lojalitet mot överlåtaren borde kanske förlora sin verkan i och med hans företrädarskap och lojalitet även mot förvärvaren. Att sitta i flera bolag är, som diskuterats ovan, i sig ingen pliktförsummelse. Och lojalitetsplikten är knuten till det bolag man för tillfället verkar för.

I förhållande till utgången i NJA 2000 s 88 är den avgörande skillnaden att anspråket där var företrädarens eget och det således inte fanns någon anledning att presumera att han skulle förfoga över egendomen för bolagets räkning i strid mot sitt eget intresse. Även här förelåg en lojalitet på två håll men egenintresset vägde tyngre än lojaliteten till bolaget.

9.3.3 Rådighet och yttre manifestation

Som diskuterats föreligger tveksamhet till huruvida ett rådighetsavskärande överhuvudtaget är möjligt att åstadkomma vid transaktioner mellan juridiska personer med identisk styrelserepresentation. Det synes också uppställas mycket hårda krav för det fall juridiska personer med gemensamma styrelseledamöter rättshandlar med varandra. Här finns förmodligen dock en möjlighet att åstadkomma skydd, i alla fall avseende viss typ av egendom, genom en inblandning av en utomstående tredje man eller att den gemensamma representanten med tillräcklig tydlighet avskärs rådigheten till egendomen som annars skulle smittat av sig på överlåtaren.

Den yttre manifestationen synes i de situationer som är aktuella här vara av yttersta vikt. Det gäller att bryta igenom det misstroende som utgångsvis finns etablerat. Med andra ord. måste bolagen legitimera sin transaktion väl och tydligt markera att en förändring har skett. Det kan tänkas att Håstads synpunkt är riktig, i det att HD inte avsåg att låta ställföreträdarskapet som sådant lägga hinder i vägen för rättshandlande mellan bolagen utan endast underkände pantsättningen i det enskilda fallet på grund av bristande yttre manifestation. Jag tvivlar dock att det var HD:s ståndpunkt.

Vid en förflyttning av föremålet för transaktionen från ett bolags verksamhetslokal till ett annat bolags verksamhetslokal, där egendomen inlemmas i rörelsen kanske skulle kunna utgöra en tillräcklig besittningsförändring, i vart fall då styrelserepresentationen inte är identisk utan gemensam. Problemen blir större när det rör sig om verksamheter som bedrivs i samma lokaler och en förflyttning av egendomen inte tydligt kan åstadkommas. Överlåtaren får inte vara kvar på samma position som innan transaktionen: ”Han måste på något sätt detroniseras.”⁸⁵

I Östersundsmålet anför tingsrätten att säljaren inte får vara kvar i samma ställning, varken internt eller externt, som tidigare. Med säljaren menar tingsrätten, av döma av

⁸⁴ Lindskog, Sakrättsligt misstroende JT 1991/92 s. 282-283

⁸⁵ Göransson, Traditionsprincipen s. 561

argumentationen, uppenbarligen företrädaren för säljaren. Det sker en identifikation mellan företrädare och den juridiska personen, en form av genomsyn av bolagskonstruktionen, vilket får avsevärda konsekvenser för rådighetsbedömningen.

10. Analys av rättsläget. Konsekvenser och ändamål.

Vid en konkurs riktas ofta flera anspråk mot samma egendom. Tvisten som uppstår måste lösas på ett effektivt och någorlunda rättvist sätt samtidigt som regleringen om möjligt även bör förebygga konflikter. Lösning på sakrättsliga konflikter är aldrig av enkel beskaffenhet och fastställandet av borgenärsskyddets gränser innebär per definition en avvägning mellan olika intressegrupper och skyddsbehov. Vissa personers rätt kommer oundgängligen att tillgodoses på bekostnad av andras.

Under kapitel 10 skall följderna av gällande rätt diskuteras. Rättspraxis har medfört stora problem för företag med gemensamma företrädare att rättshandla med varandra med skydd mot överlåtarens borgenärer. Rimligen måste de konsekvenser rättsläget för med sig undersökas vid en analys av reglernas ändamålsenlighet och legitimitet. I analysen av huruvida rättsreglerna verkar enligt sin intention kommer frågan huruvida reglernas tillämpning svarar mot syftet såväl som frågan om vilka icke-åsyftade effekter reglerna medför att beaktas. Möjligheterna att kringgå reglerna kommer också att undersökas.

Vid analysen av vilka konsekvenser det sakrättsliga momentet har vid överlåtelser mellan närståendebolag bör hållas i minnet att analysen sker utifrån en mycket liten del av alla situationer, med skilda förutsättningar, som traditionsprincipen avser att täcka. Det uppstår av naturliga skäl problem vid tillämpningen av en objektiv och enhetlig regel på så vitt skilda transaktionstyper som kan bli föremål för traditionskravets bedömning. Frågan är om det överhuvudtaget är möjligt att på ett rättvist och funktionellt sätt inordna dessa, med samma bakomliggande syfte, under ett och samma krav.

10.1 Konsekvenser av gällande rätt

10.1.1 Åsyftade och icke-åsyftade effekter

Det sakrättsliga momentets åsyftade effekt är, som angivits i 3.5 ovan, att förebygga skenavtal och andra borgenärsbedrägliga förfaranden inför ett exekutionsförfarande. Traditionskravet verkar också i viss utsträckning i enlighet med sitt syfte genom att det är meningslöst att efter konkursutbrottet påstå att en överlåtelse har skett när egendomen finns i gäldenärens besittning. Men en obeståndssituation uppkommer sällan plötsligt och gäldenären kan givetvis på förhand förflytta egendomen i syfte att undanhålla den från en förestående konkurs. Detta kräver dock viss förutsebarhet och planering, vilket verkar uppoffrande i sig, tillsammans med det faktum att överlåtaren efter traderingen inte längre kan förfoga över egendomen.

Det sakrättsliga momentet är ett objektivt tvingande formkrav som skall vara uppfyllt för att erhålla skydd mot överlåtarens borgenärer.⁸⁶ Därav följer att hänsyn till huruvida syftet är uppfyllt i det enskilda fallet normalt inte skall beaktas. Problemet är att det objektiva momentet kanske inte är möjligt att uppfylla, t ex på grund av att bolag har identiska ställföreträdare, men överlåtelsen eller pantsättningen likväl kan anses uppfylla de syften som ligger bakom kravet på det sakrättsliga momentet. Problemen med närstående i bolagsförhållanden blir i första hand en fråga om hur man ser på rådigheten och hur man skiljer mellan besittning för egen och för annans räkning samt huruvida detta förhållande kan förändras inom ramen för en fysisk persons faktiska förfoganderätt. De hårda krav som i rättspraxis uppställts på rådighetsavskärandet i samband med överlåtelser mellan juridiska personer med gemensamma företrädare medför att det kan innebära en omöjlighet att företa sedvanliga och fullt legitima transaktioner med skydd mot överlåtarens borgenärer.

Ett problem med traditionsprincipen är att kunskap om kravet på ett sakrättsligt moment, och de konsekvenser en bristande uppfyllelse av detsamma innebär, i

⁸⁶ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 28

allmänhet saknas och frågan är om det ”[ä]r (...) värt att offra en mängd obetänksamma köpare, som låter saken vara kvar i säljarens besittning, för att hindra ett obekant antal borgenärssvek?”⁸⁷ Många transaktioner, som i och för sig svarar väl mot traditionskravets syfte, trots att ingen besittningsförändring ägt rum, faller därigenom offer för det sakrättsliga kravet. Detta innebär att transaktioner av legitim karaktär inte skyddas eftersom traditionskravet ”...är ett formellt krav, som en domstol inte kan efterge därför att det framgår att en verklig överlåtelse har skett.”⁸⁸

Något som också bör tas i beaktande är att det finns en mängd andra regler med samma bakomliggande syfte som sakrätten avser att träffa, med den skillnaden att den sakrättsliga regleringen uppställer tvingande och objektiva formkrav. Ett exempel på den dubbelhet som finns bakom det sakrättsliga momentet avseende ändamålen utgör tingsrättens argumentation i NJA 1998 s376:”[I målet]...anser tingsrätten att det inte kan vara fråga om en skentransaktion, eftersom [B] fått fullt betalt för maskinerna. Nästa fråga blir huruvida tradition eller därmed jämställt förfarande kan anses ha ägt rum.” Syftet bakom traditionskravet har redan tagits i beaktande inom ramen för en civilrättslig bedömning.

Ytterligare ett problem är att de sakrättsliga reglerna i allmänhet inte är särskilt svåra att kringgå och att reglernas utformning därmed får till följd att vissa förfaranden som inte är önskvärda stimuleras vilket även försvårar utredningsarbetet i konkurser. De som gynnas av systemet i dess nuvarande utformning är de som på ett relativt enkelt sätt väljer att kringgå lagen.

10.1.2 Missbruk och kringgåenden

Det förekommer att bolag på obestånd försöker undandra egendom från exekutionsförfarandet genom att påstå att egendomen är överlåten eller pantsatt.

⁸⁷ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 212

⁸⁸ SOU 1995:11 Nya konsumentregler s. 134

Naturligtvis är det enklare att företa sådana handlingar tillsammans med närstående än helt utomstående personer. Invändning kan dock göras i det avseendet att det alltid föreligger ett lojalitetsförhållande mellan parter som företar skenrättshandlingar med varandra oberoende av om de i bolagsrättsligt hänseende är närstående eller inte. Ytterligare en invändning är att gäldenären måste ha en kumpan även vid hävdandet av att egendomen är överlåten, varför traditionskravet inte synes ha någon betydelse i sammanhanget.

Rättsordningen bör även akta sig för att, i det i och för sig vällovliga syfte att stävja missbruk, försämma för alla andra i ett större perspektiv. Vad man avser att komma åt är ju de typiskt sett otillbörliga handlingarna, men risken är att om de som missbrukar regelsystemet i alltför hög grad får styra hur gällande rätt ser ut, får till följd att de som inte missbrukar systemet missgynnas. Konsekvensen av det blir i sin tur att de gör allt för att komma runt lagstiftningen för att finna en utväg att företa legitima rättshandlingar. Frågan är om det är riktigt att rättsläget uppmuntrar kringgåenden och om de med kunskap om exakt vad som krävs, och därmed även företar detsamma, klarar sig undan medan andra drabbas. Det är oftast de som befinner sig i gränsmarkerna för vad som är tillåtet som har bäst koll på rättsreglerna och hur de kan kringgåas.⁸⁹ Grundsatsen att okunskap om lagen skadar gör sig på ett påtagligt sätt gällande och innebär att de som inte har vetskap om reglerna drabbas. Detta får i sin tur märkliga konsekvenser, speciellt eftersom det ges stort utrymme att kringgå rättsreglerna i den utformning de givits idag med tråkiga konsekvenser till följd: ”De illasinnade hittar andra och minst lika verkningsfulla vägar.”⁹⁰ Lojala transaktioner drabbas i en utsträckning som med hänsyn till omständigheterna kan te sig äventyrlig.

⁸⁹ Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt s 14

⁹⁰ Göransson, Traditionsprincipen sid. 647

Exakta gränser för vad som krävs med objektivt fastställda kriterier är fördelaktigt ur förutsebarhets och därmed rättssäkerhetssynpunkt men kan te sig mer tveksamt ur en annan synvinkel. Om regler ytterst syftar till att motverka missbruksliknande situationer är exakta gränser och kriterier mindre lyckade ur den synvinkeln att det alltid går att anpassa transaktionernas utformning till desamma. Det intressanta är att man så sällan kan legitimera en tvivelaktig rättshandling sakrättsligt genom en trädning. Det är måhända i sin ordning om kraven likväl kan anses någorlunda tillgodoses vad som eftersträvas, men om det reella syftet är lätt att kringgå och man därmed kan gå vid sidan om regleringen innebär det att reglerna helt och hållet förlorar sin funktion.

När avgörande vikt vid bedömning av rådigheten fästes på ställföreträdarskapet; uppstår frågan i vilken utsträckning laborering med styrelsesammansättningen inför en transaktion kan ske och därmed påverka borgenärsskyddet. Att fästa all vikt vid ställföreträdarskapet uppmuntrar rimligtvis till märkliga bolagskonstruktioner, bulvanskap och insättande av företrädare som i realiteten inte har någonting att göra med verksamheten. Detta kan rimligtvis inte vara något rättsordningen strävar efter.

10.1.3 Styrelsesammansättningen

Eftersom NJA 1972 s 246 och ärende nr Å860-97 (Falu Tingsrätt) ger intrycket av att ställföreträdarskapet i sig skulle utgöra hinder för uppkomsten av sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer är det intressant att fråga sig vilken påverkan representationsförändringar (utträde respektive inträde ur styrelsen) har när det gäller rådighetsbedömningen samt vid vilken tidpunkt dessa förändringar blir relevanta.

Ställföreträdarens lojalitetsplikt gentemot bolaget upphör i samband med utträdet ur styrelsen.⁹¹ Lojalitetsplikten gäller endast under den period som företrädaren innehar

⁹¹ Dotevall, R, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 289

uppdrag i bolaget. Vill bolaget ha ett utökat skydd efter uppdragets tid krävs att en utvidgning vidtas avtalsvägen

10.1.3.1 Företrädaren utträder ur styrelsen

Eftersom ställföreträdarskapet är grunden till varför rådighetsavskärande inte är möjligt vid överlåtelser mellan bolag med samma företrädare bör det rimligen innebära att ett rådighetsavskärande inträder när ställföreträdaren inte längre är ställföreträdare för överlåtaren. Stöd för detta står att finna i domskälen i NJA 1972 s 246. Här anförs att ställföreträdaren ”under ifrågavarande tid” varit företrädare för både A och B. Lojalitetskonflikten i representationsfallen har medfört att överlåtande bolag ansetts ha kvarvarande rådighet även efter överlåtelsen, men då lojalitetsplikten är knuten till uppdraget finns det inte längre någon anledning att tillskriva överlåtaren rådigheten på grund av lojaliteten mellan överlåtaren och företrädaren.

Att sakrättsligt skydd möjliggörs vid utträde ur överlåtarens styrelse, så att besittaren inte längre representerar överlåtaren är en rimlig slutsats. Frågan blir då i vilken utsträckning detta kan användas för att kringgå reglerna på området. När måste utträdet ske för att rätten inte skall göra en genomsyn av transaktionen och se konstruktionen som kringgående. Det sakrättsliga momentet är dock ett tvingande formkrav där subjektiva moment inte skall tillmätas betydelse. Om företrädaren utträder ur överlåtande bolag precis innan överlåtelsen torde inget skydd ges, se Göteborgs Tingsrätt Ä 1819-95 (Pub Metro). I målet fördes inte någon diskussion kring att företrädarna i det nya bolaget inte, åtminstone på papperet, företrädde överlåtande bolaget vid tiden för överlåtelsen av inkråmet. Det hade varit oerhört intressant att se hur man resonerade kring den problematiken eftersom upplägget klart visade på en kringgåendekonstruktion i det att man först överlät aktierna i bolaget till en fysisk person av vilken man dagen efter förvärvade rörelsen av.

Vid överlåtelser aktualiseras även frågan hur bestående ett utträde måste vara för att inte bli genomsedd.

10.1.3.2 Företrädaren inträder i styrelsen

Om företrädaren för förvärvande bolag inträder i överlåtarens bolag blir förmodligen utfallet beroende på huruvida det rör sig om en överlåtelse eller en pantsättning. Det sakrättsliga momentet är momentant vid överlåtelse, varför ett inträde i överlåtarens styrelse inte borde medföra att sakrättsligt skydd gick om intet såtillvida inträdet inte äger rum i alltför nära anslutning till överlåtelsen. Vid pantsättning skall däremot rådigheten förbli avskuren och därför går det sakrättsliga skyddet förlorat vid ett inträde i styrelsen. Stöd för det återfinns i domskälen i Falu Tingsrätt Ä 860-97:”...[B] har – såsom staten anført – genom [X] ställning i båda bolagen vid tiden för bevakningssammanträdet inte varit avskuren från rådigheten över pantbreven.”. Överlåtaren ansågs i målet, genom företrädarens inträde i förvärvarens styrelse, återtagit rådigheten över inteckningarna.

10.1.4 Rättslägets konkursfrämjande effekt

När ett bolag har gått i konkurs skall gäldenärens samlade egendom realiseras och medlen som därigenom inkommer fördelas på borgenärer med bevakade fordringar i konkursen. KL 8 kap reglerar hur försäljningen av konkursegendomen skall gå till. Utgångspunkten är att försäljningen skall ske via en exekutiv auktion men om det kan antas bli mer fördelaktigt kan konkursförvaltaren i stället sälja egendomen under hand.⁹²

Förfarandet är dock kringgärdat av restriktioner under det förhållande att egendomen säljs till en fysisk eller juridisk person som är närstående till konkursgäldenären. Att samma aktieägare och tillika företrädare i ett nytt bolag vill köpa ut egendom från konkursboet är en relativt vanlig företeelse. I de fall så sker uppställs krav på att försäljningen föregås av ett offentligt anbudsförfarande, där andra ges tillfälle att lämna anbud. Undantag från kravet kan göras under förutsättning att det föreligger

⁹² Folkesson, A a s 162 Se även KL 8:6 och 8:8

särskilda skäl, t ex att försäljning av egendomen är mycket brådsande eller att det är uppenbart att boet inte kan erhålla bättre resultat från någon annan.

Det är tydligt att situationen kan uppkomma att det framstår som fördelaktigare och mer riskfritt att försätta sitt bolag i konkurs och sedan köpa ut egendom av konkursförvaltaren till underpris, än att överlåta egendomen till ett annat ägaren tillhörigt eller på annat sätt närstående bolag när bolaget går dåligt och då erlagga marknadsmässigt pris för egendomen. I den meningen kan konstateras att reglernas tillämpning med ställföreträdarskapet som hinder för överlåtelser mellan närstående bolag får en konkursbefrämjande funktion. Se mer om detta nedan under 10.3.

10.2 Objektivt och subjektivt i rättstillämpningen

Det uppstår av naturliga skäl problem när många vitt skilda transaktionstyper och egendom av olika beskaffenhet skall, med samma bakomliggande syfte, täckas in under en och samma regel. Frågan är om det är lämpligt, om ens möjligt, att ha en objektiv regel för så många olika typfall som det här blir frågan om och huruvida en sådan regel har förutsättningar att verka enligt sin intention.

Det sakrättsliga traditionskravet är objektivt och tvingande. Har ingen tradition skett uppnås inget skydd. Traditionskravets syfte är dock av högst subjektiv natur och handlar om parternas inställning. Detta förhållande får, som vi sett ovan, vissa orimliga konsekvenser i rättstillämpningen när hänsyn inte kan tas till ändamålen bakom kravet vilket får till följd att det objektiva kravet i vissa fall är uppfyllt trots avsaknaden av reell överlåtelse, medan andra inte uppfyllt traditionskravet men ändå vidtagit en fullt legitim och mot ändamålen svarande transaktion. Ibland riktas kritik mot den objektiva bedömningen av sakrättskravet och det faktum att ingen hänsyn tas till transaktionens karaktär och varför den genomförts på det sätt som den har gjorts på.” I NJA 1996 s 52 var det med största säkerhet inte frågan om en skenpantsättning med undandragandeavsikt. De syften och legitima skäl till varför en trading inte företagits fäste HD ingen vikt vid. Frågan är om inte sådana aspekter kan få tas med i

den sakrättsliga bedömningen för att om möjligt ge ett rättvisare resultat: ”En parts syfte med och förklaring till att tradition inte verkställts alls eller endast delvis (...) har i litteraturen framförts som ett moment som kan alternativt bör, styra bedömningen.”⁹³

Regler som innebär att subjektiva moment läggs in i bedömningen är fördelaktiga ur den synvinkeln att de borgar för en materiell rättvisa i det enskilda fallet, då olika moment beaktas och syftet kan tillgodoses inom ramen för bedömningen. Men samtidigt skapar rättsregler innehållande subjektiva moment stora bevisproblem och kan leda till en godtycklig rättstillämpning. Möjligheterna till bevisning måste tas i beaktande eftersom reglerna de facto måste kunna tillämpas. Å andra sidan tror rättsordningen sig komma åt ett icke-skyddsvärt beteende genom detta typkriterium och sett ur den synvinkeln är objektiva krav fördelaktiga då de är enkla att tillämpa och därmed processekonomiskt gynnsamma, ”...varför det är bättre i betydelsen enklare att reglerna är uppbyggda av objektivet fastställbara moment.”⁹⁴

⁹³ Millqvist, G, A a s 131

⁹⁴ Millqvist, Traditionsprincipen...s131

10.3 Närståendetransaktionernas skyddsvärdhet

I rättspraxis har förekommit en oerhört kritisk inställning till närståendetransaktioner, oavsett dess närmare beskaffenhet, i nära anslutning till konkurs och det framställs närmast som illojalt beteende att den som varit med att driva det förlustbringande bolaget via en annan juridisk person köper ut egendom i syfte att kunna fortsätta verksamheten i en annan form.⁹⁵ Det ligger något motbjudande i att personer ständigt byter bolag och lämnar efter sig borgenärer utan full betalning, men likväl fortsätter bedriva samma rörelse utan några förbättrade resultat. Möjligheten är dock en naturlig konsekvens av en marknadsekonomi med juridiska personer utan personligt betalningsansvar för delägarna. I och för sig kan man fråga sig huruvida det är fördelaktigt ur en marknadsekonomisk synvinkel att så kan ske då det är viktigt att olönsamma verksamheter sorteras bort från marknaden för att den skall fungera och ge plats åt vinstgivande företag.

Med bortseende från förekommande fall där egendom undanskaffas och överlåts till klart underpris är frågan vari det otillbörliga i transaktionen ligger. Egendomen byts ut mot likvida medel som i annat fall inte skulle varit tillgängliga för bolaget. En konkursutförsäljning hade inte inbringat några överpriser för egendomen. Det är vanligtvis också mer fördelaktigt för konkursboet att en överlåtelse av hela verksamheten sker än att rörelsen styckas ut och försäljs till lägre pris, samt även bättre med beaktande av de anställdas intressen.⁹⁶ När konkursförvaltaren under dessa förhållanden drar in överlåten egendom i konkursen för att sakrättsligt skydd inte uppnåtts på grund av närståendeförhållandet mellan bolagen, oaktat att likvida medel kommit in till bolaget som vederlag för en reell överlåtelse måste frågan ställas huruvida det otillbörliga inte ligger i att de övriga borgenärerna kan tillgodogöra sig både egendomen och vederlaget för densamma och det förvärvande bolaget maximalt får en oprioriterad fordran i konkursen. Jag förmodar att sakrättsligt underkännande enbart på basis av ställföreträdarskapet används med viss restriktivitet bland

⁹⁵ Se exempelvis RIC 12/92

⁹⁶ Folkesson, A a s 164 och 162

konkursförvaltarna och man kan lätt föra in en diskussion om förvaltaretik och hänsyn till samtliga borgenärers intressen i sammanhanget. Eftersom de inte föreligger någon tidsfrist som läker rättshandlingen kan konkursförvalteren komma åt transaktioner som företagits lång tid tillbaka. Om företrädaren istället väntar tills bolaget försätts i konkurs och då låter ett annat bolag, ägt av honom själv, köpa ut egendomen från konkursboet kommer han runt problematiken och man kan fråga sig huruvida det är rimligt att resultatet blir olika beroende på vilken väg företrädaren går. Detta kan, som berörts ovan, i sin tur leda till att företrädaren i onödan försätter bolaget i konkurs och att de hårda kraven för rådighetsavskärande i den meningen skulle verka konkursfrämjande.

Jag frågar mig huruvida det i själva verket är på det sättet att vad som vill förhindras genom ställföreträdarskapet som hinder för sakrättsligt skydd är den effekt traditionskravet ger i form av möjligheten att arrangera och legitimera en skentransaktion sakrättsligt. Det talas om att förhindra att egendomen flyttas till annat bolag eller delägare innan konkursen.⁹⁷ Transaktionerna är överhuvudtaget inte skyddsvärda i rättsordningens ögon.

⁹⁷ Holmgren, PM 1997-06-02, Sakrättsligt skydd vid överlåtelse av lös egendom

11. Andra regelsystem med samma skyddsändamål

11.1 Allmänt

En analys av en rättsregels ändamålsenlighet, effektivitet och legitimitet är på intet sätt fullständig utan ett beaktande av andra regelsystem som svarar mot samma syfte eller ger motsvarande effekt. Om det bakomliggande syftet med att uppställa hårda krav avseende närståendetransaktioner är att förhindra att egendom, till skada för fordringsägarna, på ett orättmätigt sätt överföres mellan juridiska personer finns det ett flertal andra regelsystem än kravet på sakrättsligt moment att tillgå.

En stark bevisbörda för den som hävdar att överlåtelse har skett men att egendomen ej traderats föreligger enligt 4:18 UB. Det finns också civilrättsliga ogiltighetsregler och skyddsregler i form av återvinningsregler i konkurs. Vissa av de undandraganden som befaras om inte kravet på sakrättsligt moment fanns faller även under brottsbalkens regler om brott mot borgenärer i 11 kap BrB. Regler om redovisning och bokföring verkar även de i samma riktning.

Samtliga angivna regelkomplex kan användas för att förhindra svek och borgenärsbedrägerier inför en konkurs eller ett utmätningsförfarande. Avsikten är inte att ge en uttömmande redogörelse för de olika regelsystemen, något som inte ens låter sig göras inom ramen för ett examensarbete i sig, utan endast påvisa att skyddsregler finns som kompletterar de sakrättsliga, samt peka på möjligheten att komma åt otillbörliga rättshandlingar inom ramen för andra institut, även om sakrätten är det mest effektiva medlet som står en konkursförvaltare till buds.

11.2 Bevisbörderegler

Vid utmätning kan, för det fall överlåtelse har skett och egendomen fortfarande finns i överlåtarens besittning, egendomen fredas endast genom att registrering enligt LkL har ägt rum. Frågan är om det inte hade varit tillräckligt med de presumtionsregler

avseende besittningen som finns för att komma åt påstådda överlåtelse. Enligt 4:18 UB måste den som påstår bättre rätt till egendom som finns i gäldenärens besittning styrka sin rätt till egendomen. För det fall traditionskravet inte längre fanns skulle det krävas att förvärvaren visar att köp faktiskt ägt rum och att betalning erlagts. En stark besittningspresumption, men med en möjlighet till motbevisning således.

KL innehåller inte några presumptionsregler för besittning, men motsvarande bevisbörda som föreligger i utsökningsbalken borde även åvila förvärvare med yrkande om separationsrätt i överlåtarens konkurs. Förvärvare av egendom måste bevisa att en överlåtelse har skett.

11.3 Obligationsrättslig ogiltighet

Förvärvare av egendom måste bevisa att en överlåtelse har skett, d v s att ett överlåtelseavtal föreligger mellan parterna. För det fall en påstådd överlåtelse misstänks vara en skenrättshandling kan avtalet underkännas, se RIC 50/93 (STIM-fallet), på obligationsrättslig grund eftersom partsavsikt saknas. Påstådda avtal, vilka traditionskravet avser förhindra, är således i sig ogiltiga enligt civilrättslig reglering. Eftersom skenavtal inte ges obligationsrättslig verkan får de därmed inte heller någon verkan mot tredje man.

Det är inget skenavtal om parterna avser att acceptera avtalets rättsverkan även om det sker i ett annat syfte än vad avtalet direkt ger uttryck för. Det är inte helt ovanligt att avtalet kläds i en form som inte motsvarar det egentliga syftet när parterna i transaktionen eftersträvar en rättslig effekt eller vill kringgå en icke önskad effekt av avtalsformen. Dessa konstruktioner kan "...åsidosättas, även om de rent formellt framstår som oantastliga"⁹⁸ enligt genomsynsprincipen (man ser igenom det formella

⁹⁸ Ramberg, J, Allmän avtalsrätt s. 269

och finner det reella syftet).

Följaktligen är vad den sakrättsliga regleringen ämnar att komma åt redan åtkomligt genom traditionell civilrättslig ogiltighet. Det sakrättsliga momentet, med avsaknaden av de inom avtalsrätten ibland oöverstigliga bevisproblemen, är dock enklare att tillämpa. Det sakrättsliga momentet utgörs av ett objektivet moment knutet till en yttre företeelse och kräver inte en bevisning kring parternas avsikter med den aktuella transaktionen. Att föra bevisning kring parternas intentioner är av naturliga skäl mycket svårt, i synnerhet när de båda parterna i transaktionen har ett gemensamt intresse gentemot tredje man att få transaktionen att framstå som legitim.

11.4 Återvinningsinstitutet

Reglerna om återvinning ger konkursen en retroaktiv verkan genom att vissa transaktioner vidtagna innan en konkurs kan komma att återgå till konkursboet på talan av konkursförvaltaren eller enskild borgenär, se 4:14 och 4:19 KL.. Syftet med reglerna är att förebygga en kapplöpning mellan borgenärerna inför en konkurs och förhindra att gäldenären undandrar egendom till skada för borgenärerna.⁹⁹

Transaktion måste vara till nackdel för någon borgenär för att kunna återvinnas och vanligtvis också företagen inom viss tid innan konkursen. Utmärkande för de svenska återvinningsreglerna är att en stor vikt lagts vid de subjektiva rekvisiten, d v s vad gäldenärens medkontrahent insett eller bort inse. Återigen skapar de subjektiva rekvisiten bevissvårigheter och medför att tillämpningen av återvinningsreglerna blir alltför restriktiv.

Enligt 4:5 kan en transaktion som innebär att gäldenärens egendom undandragits borgenärerna på ett otillbörligt sätt återvinnas. Det krävs att givaren var eller genom transaktionen blev insolvent och att mottagaren kände till eller bort göra det.

Närstående presumeras här vara i ond tro. Det finns även särskilda regler som möjliggör återvinning av gåvor, ställande av säkerhet och betalning av skulder.

11.5 Aktiebolagslagens borgenärsskyddsregler

Borgenärsskyddet är av central betydelse för den associationsrättsliga lagstiftningen eftersom borgenärerna enbart har aktiebolagets kapital att hålla sig till då något personligt ansvar för aktieägarna inte existerar. Det finns ett antal regler i ABL, vilka är viktiga att beakta vid en bedömning av vilket skydd bolagsborgenärerna har. Till de viktigaste hör reglerna om kapitaltillskott, vinstutdelning med därtill knutet återbärings- och bristtäckningsansvar, låneförbudet samt tvångslikvidationsbestämmelsen. Borgenärsskyddsreglerna i ABL är tvingande och kan inte åsidosättas av aktieägarna. ”Reglerna till borgenärernas skydd kan [dock] ofta ostraffat överträdas, nämligen om allt går väl för den juridiska personen. Om emellertid denna går i konkurs tar konkursförvaltningen över ledningen och kan göra ogiltigheten gällande.”¹⁰⁰

11.5.1 Kapitaltillskott vid bolagets bildande

Aktiekapitalet måste inbetalas för att bolaget skall kunna registreras, se 2:12 och 2:9 2st ABL. Detta sker genom att kontanta medel insätts på ett särskilt bankkonto eller genom att apportegendom tillförs bolaget. Privat aktiebolag måste ha ett aktiekapital om minst 100 000 kronor medan publikt aktiebolags minimikrav på aktiekapital är 500 000 kronor, 1.3 ABL.

Genom krav på kapitaltillskott vid bolagets bildande tillförs bolaget en egen förmögenhet och genom andra aktiebolagsrättsliga regler garanteras bolagets förmögenhet till skydd för borgenärerna. Syftet med regleringen är främst att den

⁹⁹ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 131

¹⁰⁰ Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt s. 68

förmögenhetsmassa som finns i bolaget är tillräckligt stor för att tillgodose fordringsägarnas krav.¹⁰¹

11.5.2 Utbetalningsförbud

Av ABL 12 kapitel framgår att utbetalning endast får ske genom bestämmelser i ABL och att vissa tillgångar är undandragna från aktieägarens fria förfoganderätt genom att utdelning inte får inkräkta på bundet eget kapital. Även förtäckt utdelning omfattas av lagens begränsning.¹⁰² Såsom förtäckt vinstutdelning räknas försäljning till underpris och köp till överpris, lån utan fullgod säkerhet, borgen och ställande av pant för annans skuld än bolagets egen, såvida inte avtalet är så fördelaktigt med hänsyn till bolagets egen rörelse att det är berättigat på denna grund.

Den som fått olovlig utdelning måste återbära densamma om han bort inse att den inte var lagenlig, 12:5 ABL. Om mottagaren saknar betalningsförmåga eller skyddas av godtrosreglen blir de som medverkat till beslutet, verkställandet av utdelningen eller upprättandet av oriktig balansräkning bristtäckningsansvariga. Om bolaget blir insolvent genom förfarandet kan borgenärer få ersättning av dem som medverkat även på skadeståndsrättsliga grunder.¹⁰³

11.5.3 Tvångslikvidation

Bestämmelsen i 13:2 ABL hindrar delägarna att fortsätta sin verksamhet när aktiekapitalet är på väg att gå förlorat och är viktig eftersom inget personligt ansvar för delägarna finns. Vinstutdelningsreglerna förhindrar ju inte att aktiebolaget gör dåliga affärer och den vägen förlorar aktiekapitalet. Om det egna kapitalet går under hälften av det registrerade aktiekapitalet och inte ökas inom åtta månader så att det

¹⁰¹ Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag s. 134 f

¹⁰² Kedner, Roos, Aktiebolagslagen med kommentarer del II s. 119

¹⁰³ A a s 120 f

återigen motsvarar det registrerade aktiekapitalet måste bolaget likvideras och upplösas. Om styrelsen i samband med detta försummar vad som enligt reglerna ankommer på dem inträder ett personligt betalningsansvar för dem. De ansvarar vid detta förhållande för de skulder som uppkommer efter det att åtgärderna skulle vidtagits. Det är ett presumtionsansvar som åvilar dem, vilket innebär att de kan undkomma ansvar för det fall de visar att deras underlåtenhet att agera inte beror på försummelse från deras sida.

11.5.4 Skadeståndsregler

Skadeståndsreglerna i ABL 15 kap kan användas av konkursförvaltaren eller drabbad borgenär. Ställföreträdarna är ålagda och förpliktade att vara lojala mot bolaget. I 15:1 andra meningen finns ett lagstadgat ansvar för ren förmögenhetsskada för stiftare, styrelseledamot och verkställande direktör då de av uppsåt eller oaktsamhet vid fullgörandet av sitt uppdrag orsakar aktieägare eller annan skada. Det måste dock röra sig om *...överträdelser av [ABL], tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen* för att skadeståndsansvar skall inträda – således en slags inskränkt culparegel. Regeln som överträds skall också ha till syfte att skydda den skadelidande. En borgenär kan inte med stöd av 15:1 åberopa överträdelse av en regel i ABL som syftar till att skydda aktieägarna.¹⁰⁴

Förtydligandet av ledningens ansvar i och med införandet av de nya bestämmelserna i 8 kap ABL anses positiva ur flera aspekter men framför allt när det gäller utkrävande av ansvar. Lojalitetsplikten är i viss mån vag som grund och styrelsens arbetsuppgifter var tidigare inte särskilt tydliga till sin natur. De nya reglerna anses bidra till att lättare fastställa var gränserna för vad ansvaret i brottmål skall ligga men även underlätta möjligheten att föra skadeståndstalan vid försumlighet.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Kedner och Roos, Aktiebolagslagen med kommentarer s.260

¹⁰⁵ Skog, Aktiebolagets organisation, Balans 12/95 s. 23

11.6 Bokföringsskyldighet, straffrätt och revisorernas roll

Bokföring och redovisning samt de krav som uppställs på dess kvalitet är i högsta grad ett borgenärsintresse som möjliggör en bedömning av bolagets ekonomiska situation samt innebär en kontrollmöjlighet i efterhand.¹⁰⁶ I och med att bokföringsskyldighet föreligger i bolagsförhållanden säkras bevisning avseende transaktionernas legalitet samt ger transaktionerna en viss publicitet i den utsträckning ÅRL kräver (se 8:3-4 ÅRL). Å andra sidan kan det vara vanskligt att fästa alltför stor vikt vid bokföringen som absolut moment vid sakrättsliga bedömningen då även detta kan leda till vilseledande resultat med materiell orättvisa som följd om den inte stämmer överens med verkligheten.

Ingenting garanterar visserligen att ett bolags bokföring avspeglar verkligheten och är i alla avseenden rätt och riktig, då bokföring kan manipuleras. Men då talar vi om brottsliga gärningar och utgångspunkten kan inte vara att bokföringsbrott enligt 11:5 BrB begås. Överhuvudtaget är svikliga och borgenärsbedrägliga förfaranden inför en konkurs, som traditionskravet avser att förhindra, i själva verket straffbara. Ekonomisk brottslighet utgör ett stort samhällsekonomiskt problem vilket är svårt att komma till rätta med på grund av bevisvärigheter. Sakrätten utgör förvisso ett mer effektivt medel ur den synvinkeln att det inte innehåller subjektiva rekvisit, men att försvara traditionskravet med att de straffrättsliga reglerna ej är tillräckligt verkningsfulla är en mycket tveksam ordning: ”Det torde vara av vikt för det allmänna förtroendet för staten och rättsordningen, att regelsystemet inte silar mygg och sväljer kameler i kampen mot ekonomisk brottslighet.”¹⁰⁷

Förtydligandet av styrelsens ansvar i 8 kap anses som nämnts ovan underlätta bedömningen av var gränserna för det straffrättsliga ansvaret går och bidra till att i en obeståndssituation utreda om ledamöterna har fullgjort sina skyldighet mot bolaget.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Gometz, 12 kap Aktiebolagslagen-en studie angående vinstutdelning i svenska aktiebolag, s. 27

¹⁰⁷ Göransson, Traditionsprincipen s. 646

¹⁰⁸ Skog, R, Aktiebolagets organisation, Balans 12/95 s. 23

Att det är obligatoriskt med revisorer som granskar redovisning och bokföring, se 10 kap ABL, medför att det är intressant att titta på viken roll revisorerna spelar för kontrollmöjligheten. Som resonemanget fördes ovan under apportbildning medför revisorers medverkan till att ge tillförandet av egendomen en viss publicitet och legitimitet. Revisorn är skyldig att till konkursförvaltare och undersökningsledare under förundersökning i brottmål lämna erforderliga upplysningar om bolagets angelägenheter, 10:38 ABL. Numera är revisorn även skyldig att till allmän åklagare anmäla brottsmisstanke mot styrelseledamot som han kommer i kontakt med inom ramen för uppdraget om det riskerar att orsaka väsentlig skada för tredje man eller bolaget.

Även konkursförvaltaren måste vid misstanke om brottslig verksamhet enligt 11 kap BrB underrätta allmän åklagare enligt 7:16 KL.

12. Alternativ till nuvarande rättsläge

Som ovan konstaterats leder nuvarande rättsläge till ett otillfredsställande resultat i flera avseenden, vilket medför att alternativa angreppssätt bör undersökas i syfte att finna en lämpligare lösning på området. Härunder kommer två huvudfrågor att behandlas. Dels huruvida det sakrättsliga kravet kan anpassas så att traditionskravet är möjligt att tillämpa även vid transaktioner mellan närstående bolag och dels huruvida traditionskravet bör avskaffas generellt och istället ersättas med en avtalsprincip.

12.1 Särlösning på området

För vissa egendomsslag och transaktionstyper förefaller krav på tradition mindre lämpligt. I synnerhet gäller detta vid transaktioner mellan bolag med gemensam företrädare i och med den innebörd rådighetsavskärandet fått i praxis. I andra situationer då traditionskravet inte ansetts praktiskt eller nödvändigt att kräva har särlösningar konstruerats för att möjliggöra ett rättshandlande och samtidigt tillgodose ändamålen bakom det sakrättsliga momentet.

12.1.1 Förändrad och mindre formalistisk syn på rådigheten

Om det inte anses eftersträvarsvärt att helt förhindra transaktioner mellan bolag med samma företrädare måste någon form av lösning tas fram som kan uppväga olika intressen i konflikten. Traditionskravet och rådighetsavskärandet måste på något vis anpassas till vad som är praktiskt genomförbart i föreliggande situationer. Även om man inte gör avkall på rådighetsavskärandet och traditionsmomentet så måste det gå att anpassa i de situationer det annars inte skulle vara möjligt att uppnå skydd. En rimlig diskussion kring rådighetens innebörd i det aktuella fallet måste till för att lösa problemen inom ramen för traditionskravet.

Begreppen rådighet och besittning är med all önskvärd tydlighet inte anpassade till juridiska personer. Den juridiska personen anses inneha besittning till egendom men den manifesteras genom att företrädarna kan utöva den faktiska kontrollen över egendomen då en juridisk abstraktion inte i sig själv kan förfoga över någonting. Avseende överlåtelser mellan bolag med gemensamma företrädare är det lämpligt med en mer nyanserad syn på rådighetsproblematiken än den som kommit till uttryck i rättspraxis.

I dansk rätt finns det möjligheter att överföra rådigheten mellan två bolag även om företrädaren representerar både pantsättare och panthavare.¹⁰⁹ I dansk rätt gäller en avtalsprincip för omsättningsöverlåtelser medan tradition krävs för sakrättsligt skyddad pantsättning. Helander anser att man i dansk rätt ser mer till en samlad bedömning av huruvida transaktionen i det enskilda fallet medfört ett faktiskt rådighetsavskärande, medan man i Sverige är mer formalistisk och objektiv i sin bedömning.¹¹⁰ Den skiljaktige ledamoten i NJA 1972 s 246 för ett liknande resonemang när han gör en bedömning i det enskilda fallet om rådigheten faktiskt kan anses vara avskuren.

Ett angreppssätt är att man i någon mening jämför företrädaren med en utomstående tredje man och bortser från den tidigare besittningen för överlåtarens räkning sedan företrädaren besitter egendomen för förvärvarens räkning efter avtalet. Efter avtalet får ju företrädaren inte förfoga över egendomen för överlåtarens räkning och detta styrs bl a upp av lojalitetsplikten mot det bolaget han numera besitter egendomen för. Om man ser företrädaren som omedelbar besittare och bolaget som medelbar besittare torde ju den medelbara besittningen övergå på förvärvaren redan genom avtalet eftersom företrädaren nu är omedelbar besittare för förvärvande bolaget och enbart får förfoga över egendomen för förvärvarens räkning.

¹⁰⁹ Eyben, Panterrettigheder s 415. Dock krävs att representanten uppträder såsom självständigt rådande.

¹¹⁰ Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom s 390

Rådighetsavskärandet kan aldrig, som diskuterats ovan, bli absolut i den meningen att ställföreträdaren ju hypotetiskt sett har möjlighet att förfoga över egendomen för överlåtarens räkning. Men det viktiga är väl att överlåtande bolaget inte har egen möjlighet att förfoga över egendomen. bortse från överlåtande bolagets hypotetiska möjlighet till förfogande genom ställföreträdaren eftersom bolaget i sig självt inte utan ställföreträdaren kan förfoga över egendomen.

Vad det handlar om är att se situationen i termer av rådighetsgrader. På samma sätt som en tredje man har utlämningsansvar har företrädaren ett ansvar att ej utlämna till en person som är fel. Båda innehar egendomen för överlåtarens räkning vid tiden för överlåtelsen. Anledningen till att denuntiation till tredje man ger sakrättsligt skydd är att tredje mannen efter han har fått meddelandet är skyldig att respektera detta. Det är även företrädaren skyldig att göra och ställföreträdaren är en rättsligt sett utomstående part i överlåtelseavtalet även om han inte är helt utomstående eftersom han handlar för bolagets räkning. I NJA 1972 s 246 hade ställföreträdaren blivit skadeståndsskyldig gentemot stiftelsen för det fall han inte respekterat stiftelsens panträtt. Dessutom skulle företrädaren för det fall han missbrukat stiftelsens rätt bli ansvarig även för olovligt förfogande eller liknande enligt en straffrättslig bedömning. Ställföreträdaren kan ju inte denuntiera sig själv men han har genom överlåtelsen erhållit en liknande instruktion. Jag anser att ställföreträdaren härmed har samma skyldighet som tredje man och rådigheten är därmed i praktiken avskuren.

12.1.2 Publicitetsaspekten

En möjlig lösning är att för närståendetransaktioner införa någon typ av registreringsförfarande som inte är lika formalistiskt som det alternativ LkL erbjuder, utan är mer anpassat till dagens affärstransaktioner. Registrering medför den fördelen att borgenärerna på ett enkelt sätt får vetskap om att en transaktion har skett och vid behov kan vidta åtgärder för att exempelvis få till stånd en återvinning.

Det finns dock en rad problem med införandet av dylikt registreringsförfarande. Det

första angår företagshypoteksborgenärerna vilka idag prioriteras framför förvärvaren vid en registrering enligt LkL. Den ordningen är dock tveksamt om lagstiftaren bör upprätthålla vid ett införande av ett registreringsförfarande. Företagshypotek gäller i hela näringsidkarens rörelse men underlaget för säkerheten varierar genom att uttaget företagshypotek inte förhindrar att egendom som ingår i underlaget avyttras. Om egendom inte kan bli sakrättsligt skyddad genom tradition och alltså en registrering istället skall ske torde det sakrättsliga momentet leda till egendomen skyddas oberoende av huruvida eventuellt företagshypotek finns i rörelsen. Äganderätt borde gå före säkerhetsrätt.

Ett annat problem är att det kan anses oskäligt att överlåtelse vid närståendetransaktioner ger skydd redan genom avtalet medan man vid andra transaktioner tvingas uppfylla kraven på tradition. Det får dock inte vara en omöjlighet att genomföra sakrättsligt skyddade transaktioner. Och ett införande av ett generellt registreringsförfarande ställer jag mig tveksam till, hellre en avtalsprincip vid borgenärsskydd.

Ett registreringsförfarande blir förmodligen även svårt att genomföra rent praktiskt. En registrering kan också precis på samma sätt som en trading innebära ytterligare ett sätt att legitimera en skenrättshandling.

12.1.3 Redovisningsmodellen

Justitieråd Svensson har som nämnts tidigare infört ett förslag på en redovisningsmodell avseende transaktioner från bolag till dess företrädare. Frågan är i vilken utsträckning en sådan modell skulle kunna införas även när det handlar om rättshandlingar mellan bolag med gemensamma företrädare.

De argument som tidigare diskuterats angående en redovisningsmodell i samband med överlåtelser mellan bolag och företrädare anser jag kunna göras gällande även i denna situation. En bokföringsmodell skulle medföra att bolagen ges en möjlighet att

rättshandla med varandra med sakrättslig verkan, men samtidigt innebära att det finns kvar en kontrollmöjlighet för borgenärerna. Kontrollmöjligheten är dock begränsad i det avseende att bokföringen offentliggörs vid vissa tillfällen och däremellan kan mycket hända.

12.1.4 Tendens till uppluckring av misstroendet

Förhoppningen är att det i arbetet framgått att det rör sig om ett misstroende som riktas mot företrädarna och bolagen de representerar. Invändningen att det enbart sker en tillämpning av samma regler som gäller för alla andra är endast ett exempel på att formell olikhet döljer och legitimerar en reell olikhet. Misstroendet utgör grunden för bedömningen av rådigheten och i andra sår fall har HD anpassat rådighetskravet till den föreliggande situationens förutsättningar och problem med att åstadkomma skydd.

NJA 1999 s 594 är ett mål som är intressant för synen på fåmansbolag och företrädarens besittning. Vid utmätning med stöd av presumptionsregeln i 4:18 UB av en av gäldenären innehavd bil hävdade gäldenären att han inte hade bilen i besittning för egen räkning utan i egenskap av ställföreträdare för ett bolag och således för bolagets räkning. Tingsrätten ansåg inte att det på något sätt framgick utåt att bilen tillhörde bolaget. Gäldenären hade visserligen framtagit viss utredning – bilen införskaffats och ägarregistrerats i bolagets namn och pengar hade överförts från bolaget för inköpet. – men bolaget kunde likväl inte anses därigenom styrkt att bilen ägdes av bolaget. Tingsrätten påtalar att ägarregistreringen inte föregås av en civilrättslig prövning av ägarförhållanden. Det trycks särskilt på att bolaget är ett fåmansbolag vilket synes fått avgörande betydelse för målets utgång: "[Gäldenären] har följaktligen möjlighet att genom rättshandlingar i bolagets namn använda bolagets medel till bestridande av egna levnadsomkostnader."

Hovrätten fastställer tingsrättens dom. Prövningstillstånd meddelas till HD och frågan renodlas till vilken bevisning som krävs för ett fåmansbolag i utmätningssituationen

som förelåg här. HD tar uttryckligt/tydligt avstånd från underrättens bedömning av betydelsen av att det rör sig om ett fåmansbolag: ”Det är emellertid uppenbart att den omständighet att [bolaget] är ett fåmansbolag i vilket [G] har ett avgörande inflytande inte i sig kan läggas till grund för slutsatsen att bilen i själva verket tillhör [G].”

NJA 1999 s 594 kan tillsammans med NJA 2000:88 förhoppningsvis betraktas som en tendens till en förändrad syn på egendomsgemenskap, besittning och misstroende avseende fåmansföretag. Att det utgångsvis inte skall krävas mer då en företrädare besitter egendom i motbevisning för bolagtes räkning än för någon annan. Misstroendet skall istället visas av kronofogdemyndigheten, att omständigheter som pekar i motsatt riktning föreligger. Inget misstroende presumeras alltså föreligga. Liknande presumtionsvändning har skett i NJA 2000 s 88. Förhoppningsvis gäller denna tendens även rättshandlande mellan närståendebolag med gemensamma företrädare.

12.2 Övergång till en avtalsprincip vid borgenärsskydd

Avtalsprincipen gäller redan för viss typ av lös egendom, där HD tvingats göra avsteg från traditionskravet. Frågan som skall utredas under kapitel 12.2 är huruvida en avtalsprincip kanske borde införas generellt vid överlåtelse av lös egendom med tanke på alla problem traditionskravet medför.

12.2.1 Tendenser

Sakrätten är starkt präglad av rättssäkerhetstänkande och ett generellt införande av en avtalsprincip synes inte vara något HD är beredda att göra, åtminstone inte inom en snar framtid. Eventuellt kan en avtalsprincip införas för nya avtalstyper som kommer under HD:s bedömning då omständigheterna i det enskilda fallet talar för en sådan.

I NJA 1997 s 660 (Flytdockan) tar HD upp det förhållande att traditionsprincipen kritiserats i doktrinen samt att det förekommit diskussion om ett eventuellt

avskaffande av densamma. HD anser sig dock domstolsvägen inte kunna frånga en sådan grundläggande princip inom sakrätten: ”Traditionsprincipen får anses så fast förankrad i svensk rätt att det knappast kan komma ifråga att helt eller delvis överge principen utan stöd av lag.” HDs uttalande kan tyda på att de instämmer i den kritik som förekommit men inte anser sig kunna göra någonting åt det utan att lagstiftaren agerar. Göransson har länge förespråkat en övergång till avtalsprincipen och Gregow har lämnat förslag på införandet av en avtalsprincip på konsumentområdet.¹¹¹

Traditionsprincipen anses inte fylla en tillräcklig funktion vid borgenärsskyddssituationen och anses oskäligen då den skyddar överlåtarens borgenärer i alltför hög grad i förhållande till en förvärvare som litat på överlåtarens och inte haft någon kunskap om det sakrättsliga momentets verkan och innebörd. De syften som ligger bakom principen kan även tillgodoses genom andra regelsystem.

12.2.2 Konsekvenser

12.2.2.1 Skenöverlåtelser och borgenärsbedrägerier

Traditionsprincipen bärs i och för sig upp av goda skäl men frågan är huruvida dessa berättigar den risk för materiell orättvisa som kan uppstå samt huruvida traditionens syften inte kan nås på annat sätt. Under kapitel 11 har redogjorts för en mängd andra regler som kan användas för att tillgodose syftet bakom traditionskravet. Dessa regler borde vara tillräckliga för att motverka borgenärsbedrägerier.

Att det skulle bli för lätt att hävda att överlåtelse har skett innan konkursen vid ett införande av en avtalsprincip kan ifrågasättas. Samma resultat kan uppnås för en gäldenär om han skentraderar egendom idag: ”Det betänkligen ligger i att ett simulerat överlämnande hos oss ses som ’fullt bevis’ för sakrättsskydd.”¹¹². Oavsett om en avtalsprincip eller en traditionsprincip föreligger måste gäldenären ha en

¹¹¹ Se Göransson, Traditionsprincipen och SOU 1995:11

¹¹² Göransson, Traditionsprincipen sid. 645

medkumpan. Detta kan således inte verka avhållande enbart på grund av traditionsmomentet utan är något som krävs även vid avtalsprincipen då gäldenären måste visa att avtal med en annan person föreligger.

Det kan i och för sig vara praktiskt med en rättstillämpning som inte kräver utredning om parternas syften men frågan huruvida en enkel rättstillämpning motiverar en materiell orättvisa måste också ställas. Domstolen behöver inte ta ställning till om svek eller skenavtal föreligger. Men alla gäldenärer uppträder inte svekfullt och köpare gör en rättsförlust genom att traditionsprincipen inte tar hänsyn till deras krav.

12.2.2.2 Kreditkostnader, kreditlegitimation och den fria omsättningen

I syfte att främja en sund kreditgivning till låg kostnad och risk måste kreditgivarna skyddas. Höga risker resulterar i högre ränta vilket avspeglas i högre pris enligt *costumer pays principle* med återverkningar på samhällsekonomin i förlängningen. Kreditgivarna måste våga låna ut kapital då näringslivet missgynnas av ett alltför restriktivt kapitaltillskott. Å andra sidan tar borgenärer en risk vid utlåningen och får se till att säkerhet ställs som tillgodoser den risken de tar. Att en lägre kreditkostnad skulle uppnås genom ett vidmakthållande av traditionsprincipen är ur den synvinkeln tveksam. Möjligen finns uppfattningen att mer egendom finns kvar i boet om köpare har svårare att separera egendom i konkurs men utdelningen till de fordringsägare som saknar realsäkerhet är dock försumbar då oprioriterade fordringar sällan ges utdelning.

Något som diskuterats i samband med traditionsprincipens fördelar är att det i och med besittningsförändringen vidtas skall framgå att egendomen inte längre ingår i överlåtarens förmögenhet. Undén hävdar att traditionsprincipen är viktig för att inte urholka borgenärernas rätt.¹¹³ Egendomen gäldenären har i sin besittning skall kunna användas för bedömning av krediter. När banker beviljar lån sker det dock genom

¹¹³ Undén, Svensk sakrätt i lös egendom s 46

realkrediter, d v s pant i fast egendom eller företagshypotek. Vilken egendom låntagaren har i sin besittning torde dock inte vara avgörande för kreditgivningen utan snarare vilka affärsidéer och framtida intjäningsförmåga låntagaren besitter.¹¹⁴ Argumentet saknar även fog ur den synvinkel att nuvarande besittning inte säger någonting om hur läget ser ut dagen efter och ”[i]ngen bör grunda sin kreditgivning på att gäldenären har egendom i sin besittning, eftersom allt kan vara hyrda eller lånta fjädrar.”¹¹⁵ ”

Att förskottsbetalande förvärvare saknar skydd borde vara negativt ur omsättningssynpunkt. Det går inte att avtala bort sakrätten utan istället tvingas parterna avtala om säkerhet i utbyte mot förskottet i form av bankgaranti eller liknande. Detta är både omständigt och kostsamt. Likhetsprincipen är en viktig hörnsten i konkursförfarandet innebärande att alla borgenärer skall behandlas lika. Det har framförts att likhetsprincipen skulle medföra att det inte är orättvist att förskottsbetalande förvärvare kan separera egendom i konkurs eftersom han är en bland borgenär bland de övriga och därmed varken mer eller mindre skyddsvärd.¹¹⁶ Jag kan inte riktigt hålla med om detta då det föreligger en viss skillnad genom att övriga borgenärer har en fordran på ett visst belopp medan förskottsbetalande förvärvare har rätt till individualiserad egendom som han i och med avtalet förvärvat äganderätten till. En långivare kalkylerar med risken vilket avspeglas i räntan. Denna möjlighet har inte en förskottsbetalande köpare. Likhetsprincipens upprätthållande kan också ifrågasättas med den utformning förmånsrättslagen har.

Omsättningen anses gynnas av att traditionskravet samverkar med reglerna för godtrosförvärv. Genom att på förhand uppställa krav på tradition både vid skydd mot säljarens borgenärer som ev singularsuccessorer vet köparen vad han har att inrikta sig på och därigenom undviks fall av osäkerhet för köparen.¹¹⁷ Det är emellertid föga

¹¹⁴ von Eyben, Formuerettigheter sid 180

¹¹⁵ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s.212

¹¹⁶ A st

¹¹⁷ Unde'n, Svensk sakrätt i lös egendom sid 47f

lämpligt att försätta köparen i en svag position gentemot borgenärerna bara för att göra denne mer uppmärksam på risken för dubbeldispositioner...

12.2.2.3 Processekonomi, enkelhet och materiell rättvisa

Kravet på sakrättsligt moment kan antas leda till ett snabbare konkursförfarande på grund av färre spARATIONstvister. Egendom som finns hos gäldenären per konkursdagen ingår i konkursboet. Detta ökar effektiviteten i exekutionsväsendet "...men skjuter vi inte mygg med kanon?"¹¹⁸ Vikten av att konkursförfarandet avslutas snabbt med utdelning till borgenärerna är ett viktigt argument att beakta liksom undvikandet av egendomstvister med lång period av rättsosäkerhet. De sakrättsliga reglerna är enkla ur den synvinkeln att de inte innehåller något subjektivt moment som skall bevisas. Att traditionskravet skulle leda till färre tvister är fördelaktigt ur processekonomisk synvinkel och har av vissa framförts som det egentliga skälet bakom ett vidmakthållande av det sakrättsliga momentet vid borgenärsskydd.¹¹⁹ Processekonomi må vara väl så relevant men rättsväsendets funktion måste ytterst vara att borga för materiell rättvisa i det enskilda fallet. Vidare är en avtalsprincip enklare att tillämpa och besittnings- och rådighetsproblematiken leder inte sällan till utdragna äganderättstvister i samband med utmätning och konkurs. Det allmänna rättsmedvetandet och den fria omsättningen talar även de för ett införande av en avtalsprincip.

12.3 Förtroendekapital och rättsregler i det praktiska rättslivet

Varje rättssubjekt måste inrätta sig efter de regler som ankommer på honom att följa för att undvika risken för domstolsprocesser. Frågan är i vilken utsträckning rättsregler styr parter agerande på marknaden och i vad mån andra utomrättsliga

¹¹⁸ Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s. 212

¹¹⁹ Hellner, Köprätt s 220, LU 1987/88:1 sid 16

faktorer styr beteendet. Mellan parter som står i kontinuerlig relation med varandra är det förmodligen viktigare att upprätthålla goda förbindelser än att insistera på sin juridiska rätt. Rättsreglerna tenderar att se varje transaktion som en isolerad företeelse medan varje avtal i själva verket är en liten del det system transaktionerna verkar inom.

Information om vad som sker på marknaden sprider sig till andra inom branschen och får återverkningar framöver i form av bemötande från andra företag och kreditgivare. Den som företar transaktioner av bedräglig karaktär till men för annans rätt förlorar snabbt sitt anseende och kan få svåra problem med att bedriva verksamheten framöver. Inte minst riskerar personen att förlora sitt förtroendekapital hos banker och andra kreditinstitut vilket får till följd att inga nya krediter beviljas. Förtroendekapitalet är således viktigt och kan verka avhållande i många avseenden. Även vid obeståndsbedömningen tas hänsyn till bolagets kreditvärdighet genom en bedömning av dess förtroendekapital.¹²⁰

Den avhållande verkan anseendet och förtroendekapitalet spelar som självständig faktor skall dock inte överdrivas: ”Det finns överallt rovriddare, större och mindre, och de ser varken på sitt anseende eller på utvecklingen av framtida goda affärsförbindelser.”¹²¹ Vid trängda lägen och då det redan med all önskvärd tydlighet står klart att det inte kommer att bli fråga om något framtida samarbete hamnar har vederbörande naturligtvis inte mycket att förlora och förtroendekapitalet har ingen avhållande effekt.

¹²⁰ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris s. 24

¹²¹ Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt s 14

13. Avslutande kommentarer

Rättsläget har under arbetet med uppsatsen tagit en del intressanta vändningar som visserligen ställt till det för mig i mitt skrivande men samtidigt innebär ett steg i den riktning jag argumenterar för och därmed upplevs som mycket positivt. Jag ser fram emot att frågeställningarna aktualiseras ytterligare i praxis framöver. Det finns ett stort behov av att utkristallisera dessa transaktioners bärkraft, med ett säkrare rättsläge på området genom att HD tydliggör vad som faktiskt krävs vid transaktioner mellan bolag med gemensamma företrädare samt vid transaktioner från företrädaren till bolaget. Min förhoppning är att HD ändrar sin restriktiva praxis och gör en mer nyanserad bedömning av situationen där inte ställföreträdarskapet i sig lägger hinder i vägen och därmed fortsätter på den väg man börjat gå med NJA 2000 s 88.

Min ståndpunkt är att gällande rätt skapar alltför stora problem vid transaktioner i koncernförhållanden och att kraven är för högt ställda för att ge ett tillfredsställande resultat. Jag finner det även olämpligt att nuvarande rättsläge i alltför hög grad stimulerar till kringgåenden och förfaranden som medför utredningsproblem vid konkurser. Frågeställningarna är dock inte enkla eftersom det vid samtliga sakrättsliga problem finns flera intressenter att ta hänsyn till. Det är också svårt, både teoretiskt och praktiskt, att passa in dessa transaktioner i några givna sakrättsliga mallar eftersom utgångspunkten för dem är fysiska personer.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Andersson, Jan, Om vinstutdelning i aktiebolag, Uppsala 1995
- Christensen, A, Hemrätt i hyreshuset, Juristförlaget, 1994
- Eyben, W E von, Foruerettigheter, femte upplagan, Köpenhamn 1977
- Eyben, W E von, Panterettigheter, sjätte upplagan, 1980
- Dotevall, R, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, 1989
- Eckerberg, P J, Lösöresköp i praktiken, en undersökning, SvJT 1983 sid. 643-649
- Fars samlingsvolym 1997
- Folkesson, E, Företaget i ekonomisk kris, tredje upplagan, Nerenius & Santerus förlag 1996
- Gometz, U, 12 kap Aktiebolagslagen - en studie angående vinstutdelning i svenska aktiebolag, Utkast 97-08-13
- Göransson, U, Traditionsprincipen, Iustus förlag, 1985
- Hydén, H, Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv, SvJT 1988 sid. 203-223
- Håstad, H, Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten, SvJT 1988 sid. 224-261
- Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom, sjätte upplagan, Norstedts juridik 1996
- Helander, B, Kreditsäkerhet i lös egendom, Norstedts förlag 1984
- Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt, fjärde upplagan, Juristförlaget 1993
- Hessler, H, Allmän sakrätt, Norstedt & söners förlag 1973
- Jensen, U, Panträtt i fast egendom, upplaga 5, Iustus förlag, 1997
- Johansson, M, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken, SvJT 1997 s 343-377
- Johansson, S, Pherson, L, Styrelsejäv, JT1992/93 sid. 417 - 435
- Kedner, G, Roos, C-M, Aktiebolagslagen med kommentarer del I och II, femte upplagan, Fritzes Förlag 1995
- Lindskog, S, Sakrättsligt misstroende, JT 1991-92 sid 275-284
- Mellqvist, M, Obeståndsrätten. En introduktion, Juristförlaget 1997

Millqvist, G, Traditionsprincipens vid pantsättning av löpande skuldebrev genom deponering i sk öppet förvar i bank, JT 1996/96 s 125-133

Millqvist, G, Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare, JT 1999/2000 s.903-907

Nial, H, Handelsbolagsrätt, sjätte upplagan, Norstedts juridik, 1993.

Nial, H, Om handelsbolag och enkla bolag, tredje upplagan, Norstedts juridik, 1992

Ramberg, J, Allmän avtalsrätt, fjärde upplagan, Juristförlaget 1995

Rodhe, K, Aktiebolagsrätt, sextonde upplagan, Norstedts juridik 1993

Samuelsson, P, Information och ansvar, 1991

Sandström, T, Handelsbolag och enkla bolag. En lärobok, tredje upplagan, Norstedts juridik, 1996

Skog, R, Aktiebolagets organisation. Aktiebolagskommitténs förslag till nya bestämmelser, Balans 6-7/1995 sid. 14-30

Skog, R, Aktiebolagets organisation. Många remissinstanser tillstyrker förslaget i dess huvuddrag, Balans 12/95 sid 4-9

Undén, G, Svensk sakrätt i lös egendom, nionde upplagan, 1974

Offentligt tryck

Prop. 1973:103

Prop. 1975 :103

Prop. 1980/81:8

Prop. 1997/98:99

LU 1987/88:1 Lagutskottets betänkande om översyn av reglerna angående sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer

SOU 1995:11. Nya konsumentregler

SOU 1995:44. Aktiebolagets organisation

NJA II 1936 s 113f

PM Justitiedepartementet 1989:10-27 Enmanshandelsbolag.

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1912 s 156

NJA 1926 s 281

NJA 1927 s 513

NJA 1945 s 400

NJA 1949 s 164

NJA 1956 s 485

NJA 1958 s 422

NJA 1972 s 246

NJA 1984 s 456

NJA 1975 s 638

NJA 1981 s 1117

NJA 1985 s 159

NJA 1986 s 217

NJA 1986 s 409

NJA 1988 s 257

NJA 1989 s 705

NJA 1991 s 564

NJA 1995 s 367

NJA 1996 s 52

NJA 1998 s 379

NJA 2000 s 88

Hovrätten

RH 1985:6

RH 1990:116

RIC 12/92 (Hovrätten för nedre Norrland Dom 1:DT 74, T 165/87, 1989-11-21)

RIC 50/93 (Hovrätten över Skåne och Blekinge Beslut 1090, 1993- 07-16)

Tingsrätten

Göteborgs Tingsrätt, ärende nr Ä1819-95, 96-01-25

Falu Tingsrätt, ärende nr Ä860-97, 98-04-24

Intervjuer

Bo Jonsson, Tillsynsmyndigheten, Göteborg

Ingmar Rydberg, godkänd revisor, Ernst & Young

Sven Lindgren, auktoriserad revisor, Sydrevision

Joakim Svensson, auktoriserad revisor, Deloitte & Touche